西方法哲学文库

演讲录
法律与文学

[美] 本杰明·N·卡多佐/著

董炯 彭冰/译

中国法制出版社



责任编辑／阎文娟

西方法哲学文库

- 论立法与法学的当代使命
- 法理学的范围
- 法律的成长　法律科学的悖论
- 法律史解释
- 法律论证理论
- 法律体系的概念
- 共产主义的法律理论
- 西方社会的法律价值
- 演讲录　法律与文学

ISBN 7-80182-367-2



ISBN 7-80182-367-2/D·1333　定价：15.00元



演讲录
法律与文学

[美] 本杰明·N·卡多佐/著
董炯　彭冰/译

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

演讲录 法律与文学/[美]本杰明·N·卡多佐著. 董炯 彭冰译.—北京:中国法制出版社,2005.1

ISBN 7-80182-367-2

Ⅰ.演… Ⅱ.①卡… ②董… ③彭… Ⅲ.演讲-法律-文学 Ⅳ.D923.415

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第004043号

西方法哲学文库

演讲录 法律与文学

YANJIANGLU FALU YU WENXUE

著者/[美]本杰明·N·卡多佐

译者/董 炯 彭 冰

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/850×1168毫米 32　　印张/8　字数/165千

版次/2005年1月第1版　　2005年1月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-367-2/D·1333　　定价:15.00元

北京西单横二条2号　邮政编码100031　　传真:66070041

网　址:http://www.zgfzs.com

市场营销部电话:66012216　　编辑部电话:66078158

读者俱乐部电话:66026596　　邮购部电话:66033288

西方法哲学文库

总　序

国人移译西方律典，绍介西方法学，始自清末变法改制。初为不得已，意在窥探富强之术，佐治更张。继则揣索法理，求体用之变，将治式与治道通盘换过。再则于折冲衡平中，辨事实与规则的互动，究法意与人心的嬗变，努力将人世生活善予安顿。而凡此百年由东徂西，积劳积慧，既为华夏民族重构人世规则与人间秩序的悲壮奋斗接引学思，终亦必涓滴汇流，于人文类型的交融呼应中，为全体人类理想而惬意的人世生活之砥砺成型，尽吾华夏民族的法理之思。

"西方法哲学文库"接续前贤，择晚近已有定评的西人法理名篇，译为中文，汇为系列。凡传统所谓法理学法哲学之论述，不分大陆英美，体裁题材，尽在搜罗之列。法学同仁，白手起家，同心戮力，奉献于兹，裨丰富汉语法意，增益法制类型间的了解与通融。设若法律不仅是一种规则体系，同时并为一种意义体系，则文库编事，当在藉法意而通法制，探寻规则背后的意义，人生深处的人

心；设若晚近人类历史赫然昭示吾人者，不仅在法律为天下之公器，更在为民族之自然言说，其间必有需予调和周济者，则文库之编事，在求会通，当为此奉献一份祥和。此既为文库之缘起，更为编事之宗旨，而为全体译友之所寄托也！

许章润　舒国滢　谨识

孔诞两千五百五十二年，西元2001年秋

目　录

演讲录

法律与文学



价值:毕业典礼演讲 1

或提孔·布拉赫的选择

1931年5月24日,

于宗教犹太学院典礼

我不得不违背雄辩家们世代相传的古老准则，以道歉开始这场演讲。因为我不知道我是否是这次演讲的合适人选。我觉得，做演讲的这个人应当能够说，你们的信念也完全是他的信念，年华的流逝并没有熄灭青年时代的信念，在宇宙的茫茫黑暗之中，他能够清晰无比、确定无疑地看到一道慰藉心灵的光芒。如果不能这样说，我就怀疑自己的演讲对你们这些年轻人是否有价值——因为你们正准备四处传播宗教教义；怀疑心怀善意的你们也许会抱怨这种鲁莽行为；最低程度上，怀疑因为这次的教训，格调与高尚品位也许会迫使你们寻求另一个人再作一次演讲。不过，你们伟大的精神领路人，那个一直向这个学院贡献领袖的尊贵和荣耀的人，同我谈到这些事情，他令我相信，这些疑虑是不切实际的。他说，任何人，无论多么无知，只要能坚守某些超越物质与世俗之上的价值，其启示都是受欢迎的。他向我保证，这样的演讲会被倾听而不会招致抱怨，甚至怀着虔诚之心的人们会欣喜莫名，因为人们领悟到，那些高贵、显要和神圣之物会通过多种形式来展现自己，蹒跚学步的儿童更能发现它们的诸多侧面。六十多年前，赫胥黎出版了一本令人难忘的小册子，名为"外行人的布道与演讲"。你们今天听到的，正是一个信念与赫胥黎相差无几的外行人的布道。为了秉承你们领袖之言，笃定地庇护于他的威望之下，我准备和你们探讨一下有关"价值"的问题。

2

这儿的主题不是一小时的片言只语所能涵盖的，而需要一次冗长的演讲，一系列冗长的演讲，一本书，甚至可以说，一个图书馆。我们应当选择什么样的价值——今天、明天、触手可及的未来或是那深不可测、如海洋一般无踪可循的未来？每一种价值都是一种善。不要诋毁其中任何一种以免铸成大错。禁欲主义不时犯

这样的错误，因为对不断转换的现实认识片面而饱尝苦果。今天的价值是美好的，明天的价值也是美好的，那并不遥远的将来以及那深不可测、如海洋一般无踪可循的未来的价值也是美好的。如果我们能拥有所有这些价值，这当然好，但我们很少能做到这样。我们需要作出抉择。但如何指导这一抉择呢？所有人不可能也不应当作出同样的选择。如果有一个人对宇宙的秘密比他的同辈理解得更深切，他会作什么样的选择呢？你们又会作出什么样的选择呢？在回答这个问题之前，让我告诉你一段轶事，一个人在四百年前作出的选择——提扎·布拉赫（Tycho Brahe）的选择。

提扎·布拉赫生于丹麦的一个世袭贵族之家，青年时代就读于哥本哈根大学。儿时，他立志研究法律，后来却将研究兴趣转移到了天文学。他年纪轻轻即发现了一颗新恒星，使他不但在家乡享有盛名，且声名远播。那时的丹麦国王乐于赞助学问研究，他在一个小岛的中心为布拉赫建成了一个观察台，布拉赫称之为乌拉尼亚贝格（Uraniborg），意为天堂之城。岁月流转，布拉赫夜以继日地在此工作着，在夜里，他透视苍穹，在白昼，他演算观察所得，直到他的天文图上精确细致地记下了一颗又一颗恒星。但是弗雷德里克，那个国王，死了，年青的克里斯蒂安王子登上了王位，跟在他后面的是一大帮善于搬弄是非的朝臣，对于那些为了维持观察台和绘制毫无用处的星图而慷慨施予的财富，他们十分痛惜。他们全然看不出观察台的价值，最终，使者以新国王的名义拜访提扎·布拉赫，以了解（如果他们有此能力的话）他所有辛苦工作的用场，他们盘问他，用自己的价值来衡量他。

3

你们可以在诺伊斯（Alfred Noyes）的诗作里发现这一故事，充满了感人至深的哲理与凄美，这首高贵、富有灵气的诗名为“天空

的守望者”。使者问提扎这二十五年里他干了些什么。他向他们展示了标示着七百颗恒星的星图，每一颗都准确无误。“这就是你的全部工作吗?”他们问道。“不，还未达到我的期望，”提扎说，“在死之前，我想我能记录下一千颗。”你几乎能听到使者们的笑声了，是吗？所有的先知与预言家都听到过类似的笑声。当今的爱因斯坦，甚至每一个热爱真与美的人，每一个富于幻想并竭力使梦想成真的人都会听到同样嘲笑之声。“是什么，”使者们说，“令你废寝忘食却徒劳无益？在我们走之前，让我们看看它有什么用场。”这个熟悉的声音回荡了数个世纪，现在仍然可以听到它们。任何一个活着的哲学家，一个圣徒，一个科学家，或者一个艺术家，都会被要求作出类似的验证——显示他们的成就对于今天的价值——不是对于那深不可测的未来，而是对于今天。诗中，提扎·布拉赫的回答是这样的：

“那一天的到来，”

提扎·布拉赫说，“或许一百年，

或许一千年，我们微不足道的名字

连同帝国的灰尘，都已被人忘怀

真的到了那一天，启蒙者们

也许在某些方面，可以从无序的混沌中看到清晰的光芒，尽管我们的眼睛

永远沉入了冰冷的睡眠

他们的目光却透视着律法王国

我们未能发现的秩序，将由他们揭示——

一个新的世界从深渊升起

美丽，完整无缺

我们这些人,就像聆听着
天堂唱诗班传出的未成曲调的音符
年复一年,我们耐心记录着
竭尽所能。当遥远的一天终于来到
一个我们不知道的人将听懂它们
这一首精心谱写的乐曲"

他们不能理解——这些前来评估价值、等着汇报的使者们。他们回到国王那里,对主人说,提扎·布拉赫是白日做梦,徒劳无益,比徒劳无益更坏的是还很危险,因为"若干年后,他带来的任何成果将会落到外族手里。"提扎遭到放逐,乌拉尼亚贝格,那个天堂之城,也湮没在尘埃里。

"是,我仍在期盼,"他说,
"是,我仍在期盼,期盼一片更广袤的领空
凑足一千,在我死前,
远远不够,我知道,这是一份微不足道的成果
后来人的技艺更精微
他们的发现将成千上万,但是我的工作
可以为他们省却二十五年磨人光阴
令他们距离目标更接近
那我未曾发现的律法王国
我们站在宏伟发现的边缘
我探求它们,就像做梦者在睁开双眼前探求黎明
你们中间的许多人
就会看见它,那时,你们会想起
我们在乌拉尼亚贝格最后的聚会

以及关于我们这份工作
如何引导未来时代伟大胜利的谈话
或许，我们会被人遗忘，那有什么关系？
他们拥有的，是胜利的棕榈叶，以及笑语欢歌
我们拥有的，则是子孙头上闪耀的父辈光环”

绅士们，这就是提扎·布拉赫的价值选择。如果你们忠实于作为这个宗教学院子辈的使命，从今往后，接受召唤，生活在它那最深沉的真实之中，你们也会作出同样的选择。为了某种直觉认为是高尚伟大的东西，沉浸于理想的追求之中，准备完全奉献自己，慷慨地，几乎是心醉神迷地，奉献自己，不需要任何理由——我们中间的一些人乐于相信，这就是宗教的意蕴。当信条已四处传播，分歧渐渐弥合，派别之争也烟消云散，教堂里的石碑与黄铜纪念牌最终变成尼尼微和蒂尔(Nineveh and Tyre)古老遗迹的一部分，在所有这些都过去之后，你会发现只有这些价值仍然存在，真的，我确信。

我们刚刚提到的这个人，是世间最为著名的人物之一，他的名字至今仍在时间的长廊里回荡。然而，我们绝不可妄加猜测：生活于拥有这些难以言喻的精神价值的宗教团体之中，虔诚、忠诚地全身心奉献，这种恩泽仅仅属于被挑选的少数人，属于贵族天才，属于那些被历史归入超凡脱俗英雄行列的人。不，我的朋友和兄弟们，事实并非如此。对于人性的光辉而言，卑微的人与尊贵的人是同等的，都是这个极乐洪福的参与者。我是在生活中认识到这一点的，因而我确信，在座的许多人也都认识到了。在那些人来人往的普通道路上，与我同行的那些你无法从人群中分辨出来的普通人中，有些做出了与提扎·布拉赫一样的选择。虽然他们是以一些

卑微的形式做出这种选择:爱,慈善,温情,虔诚,为了小家庭而自我牺牲;但他们的行为一点也没有减损这些永恒不朽的光辉。也许我们在自负与蒙昧之中,曾经对这些视而不见,但在死亡来临之际,我们将会认识到它。生活在持续过程中显得简单。我们并不总能意识到它的美丽。当死亡逼近,看哪!耀眼刺目的神圣光芒照亮了它。我们与天使同行,却懵懂不知。

今天,我用以召唤你们的,正是这些价值,这些精神的价值,经过你们的验证,将盛行于世。费利克斯·弗兰克福特(Felix Frankfurter)* 提醒了我,使我注意到赫胥黎在约翰斯·霍普金斯大学的揭幕庆典上那些卓越不凡的话语。"我不能说,"赫胥黎讲到,"你们的博大(比如美国幅员的辽阔)或者资源的富饶,没有给我留下多少印象。然而,大小不能带来庄严,版图构不成一个国度。你们准备用这些东西做点什么,你们准备通过这些途径达到何种目的,这才是最为关键的问题,这关系到一种真正的崇高,以及悬而未决的命运所带来的恐惧。"同样的道理,朋友们,这也关系到我们所有大学与学院的学习。人们将书海中积累下来的智慧与学识灌输给年轻的一代,在此济济一堂的未来拉比们(rabbis)**。然而,除非学习相应地增强了你们以后在相互竞争、冲突的价值之间作出选择的能力,除非学习增强了你们作出如提米·布拉赫般选择的能力,否则,所有的学习都将付之东流。

6

我只挑选了一个人作为今天故事的主题,我还可以选择其他许多人的生活,比如我们本民族之人,比如那些先知、圣徒、英雄和

---

* 弗兰克福特(1882 - 1965),在澳大利亚出生的美国法官。——译注

** 拉比:犹太人的学者。——译注

殉教者等与“天空的守望者”具有相同精神气质的人。在遭受迫害与轻慢无礼的对待时,他们知道精神的价值要远远超过其他任何一种价值,虽然这些价值的成果需要苦苦守候,“或许一百年,或许一千年,”虽然这些价值的成果他们可能无法得到,然而,他们仍将选择这些价值,毫不犹疑,毫无怨言,充满了欢乐甚至喜悦。如果神职界不是如此生活、并宣扬这种生活方式,那又有何意义?在一年之春的这个早晨,我们聚集一堂,就是想告诉你们这群充满热望、正处于生命春天的人:从今天开始,你们要成为永恒价值的布道士。一路上,你将会遭到嘲弄与引诱,对于你们奉之为永恒的价值,有人会拿出许多华而不实的东西试图交换。阿谀奉承、趋炎附势、随波逐流和所有耽于奢侈生活的人将攻击你们,警告你们:阳光明媚,你们正在虚掷光阴,还质问你们,这有什么用场,就像在丹麦的天堂之城乌拉尼亚贝格,丹麦王的使者嘲笑、考验并最终放逐了那个天空的守望者。这时你就会用到这个宗教学院,这个促使生命更加完善的学院,全力教授给你的力量。这也是需要你亲自思考的时刻,思考那些曾经被以色列的先知与圣哲以及所有种族、所有地域中杰出而卓越的人物都选定的价值。在这个时刻,你一定会记起提扎·布拉赫的选择。

当你们完成所有任务,合上书,走到了生命的最尽头,对所有价值的最后评价会揭示:上帝与你同在。

法理学 7

纽约州律师协会会议

演讲稿1932年1月22日，

紫苑饭店

主席阁下，纽约州律师协会的会友们，女士们，先生们：

不断地增补判例摘要、法律和教科书是时代的风尚。书卷像大衣一样缝制了宽大的口袋，可以满满地装下市场的最新行情、法律工厂最新的产品，你们像翻看信件与早报一样，在汽车或地铁里阅读它们。哲学向我们证明她也可以赶赶时髦的时候到了。以前，我写的那些关于司法方法、判例法哲学以及揭示（或者我应当说是供认？）司法过程之根源的专题论文，令我审判席上和律师协会里的兄弟们大伤脑筋。自我开始这些轻率行径起，十年过去了。我想如果现在向你们增补最新的信息，可能会得到宽恕。

前几天，我看到一位牛津教授的一段话，说每个人都应当了解足够多的哲学，以便发现没它也能做成事。我相信，二十年以前，这种锋芒毕露的观点会得到听众中任何一个律师、（甚至可以说）任何一个学者的赞同和欢呼，除非他们碰巧与哲学系有关系。令人感到吃惊的是，短短几年，我发现情况已今非昔比。如今，人们都热衷于那些由法律性质及起源引发的问题、司法方法问题、司法目的论问题、法哲学问题（如果“问题”这个词不被诅咒的话），这已成为最重要的潮流之一。我们正在自我审视、自说自话，自主地以一种在我们先辈看来既无用亦无意义甚或是完全不适当的方式，使我们的思想和精神处于一个分析与反省的过程。律师与法官一直讨论着哲学或者他们认为是哲学的东西。即便有时会误入歧途，也有类似的先例使他们获得慰藉。他们可能记得，许久以前，人们这样提到弗朗西斯·培根先生：他是如此一个令人敬仰的权威，著述哲学起来就像一个大法官，我想这种说法并非是对大法官法院声威的赞扬。如上所言，法律工作者一度讨论着哲学或者他

们认为是哲学的东西;而另一方面,哲学家们也在谈论法律或者他们认为是法律的东西,其中一些人对法律的研究确比律师或法官对哲学的研究更深入一些。所以,约翰·杜威关于逻辑与道德在法律科学中之地位的演讲、莫雷司·科恩(M. R. Cohen)关于法律意义与法官功能的演讲以及不胜枚举的其他人——心理学家关于法与伦理学家关于国家理论的评论和演讲,在今天产生了如此激动人心的场面,以至于有时律师与法官似乎扮演了一个无足轻重的角色,可能很快就被开除出局。

有许多理由诱发人们改变姿态。对于律师与法官而言,永存的推动力是先例如雪片般纷至沓来。在这些先例的狂轰猛打之下,我们必须探索一种能组合诸种矛盾的因素或至少允许我们忘记这些因素、忽略其对立面的秩序原则。但是这还不够。即便先例的地狱火河(Phlegethon)也不足以解释今日法理学投入哲学怀抱寻求保护与安慰的冲动。这种冲动源于更深刻、更基本的原因。它是对文明不断变迁所引发的焦虑与激励的一种回应,这种变迁需要在不断变化的法律形式中得以体现、寻求出路,也需要法理学和哲学足以证明变迁之正当。人们深切地感到需要一种理性的原则,以便堂堂正正地废弃过时的先例而不致冒犯这样一种情感:在法律卫士的领域里,绝不允许出现破坏法律秩序的情形。为了满足这一情感,我们比以往更深刻地追问自己:什么是法律秩序,什么是它的起源、涵义、作用及其限制?不久之前,约翰·杜威妙笔生花写了一篇文章,标题颇具煽动性:“寻求确定性”。而今,寻求确定性回应了法官和律师灵魂里根深蒂固的冲动。长久以来,为了努力实现它,我们求助于成文的著作、具体的判例,怀着机械的虔诚遵循先例。我们一度成功,然而,最终,先例却开始袭击我们,吞

9

没和歼灭我们——吞没和歼灭这些虔诚地向其顶礼膜拜的真正信徒。一时间,遍地都是背弃古老忠诚的新教徒。他们中的一些人告诉我们,不要在话语、在外在的符号中,寻求确定性,而应寻求某些更深刻的东西,寻求宗旨和目的的确定性。另外一些人则告诉我们,确定性只是相对的、暂时的,只是沙滩上易被一浪高过一浪的潮汐抹去的痕迹。甚至还有一些人恳请我们放弃徒劳的寻求,割舍对遥不可及理想的向往,而满足于经验主义,后者绝不会为难以实现绝对性而烦恼。不管他们的形式与主张存在着怎样的分歧,他们至少都异口同声地强调真理中那些基本的、最终的因素。他们例证了处理问题的方法、态度和观点以及事物本质的利害关系,其所有方面及隐藏其间的所有问题都涉及哲学的本质(参见派普瑞·蒙塔格〔Wm. Peppmill Montague〕著:《社会科学和哲学》(The Social Sciences and Philosophy),选自奥格本〔Ogburn〕与金维瑟〔Goldenweiser〕:"社会科学"(Social Science)。)"哲学研究是一次驶向更一般性的航程。"(A·N·怀特海〔Whitehead〕:《过程与实在》(Process and Reality),第14页)

如此丰硕的十年是诸多张力作用下的结果。人们富有成效地研究了法与人类学以及与一般社会科学的关系(参见,亨廷顿·凯爱斯〔Huntington Cairns〕:"法与人类学"(Law and Anthropology),《哥仑比亚法学评论》〔Columbia. Law Review〕,1931年1月,后收入V·P·卡尔弗顿〔V. P. Calverton〕编的论文集:《人的产生》(The Making of Man),亦收人《现代图书馆》中)。它们进一步论证了可回溯到亨利·萨姆纳·梅因(Henry Sumner Maine)的观点:在不同的历史阶段,法律具有不同的涵义;历史学家或法学家所构造的定义不可能适用于所有时代;有些定义适合于高级文明时代,有些定义则适合

于蒙昧时代；然而，我们仍然需要可以沟通文明各个时代的普适化概念。对那些笃信更好理解法律的性质与起源、将令司法过程中许多最令人困惑的问题迎刃而解的人（比如我）而言，探索一个比以往任何时候都更真实、更全面的定义或综合概念，前景一片灿烂。但是近十年来，法理学领域最令人瞩目的成果并不来自人类学，也不来自任何纯粹历史性的或描述性(descriptive)的社会科学。近十年来，法理学最令人瞩目的成果是一批以现实主义自居的学者异军突起，他们全身心地扑在修正司法判决方法之真正根基的工作上，后者是古典传统的一部分。（参见奥里凡特〔Oliphant〕，"回归遵循先例"〔A Return to Stare Decisis〕，《美国律师协会杂志》〔Am. Bar Assn. Journal〕第 14 卷，第 7，119 页；《美国法学院评论》〔Am. Law School Review〕第 6 卷，第 215 页；奥里凡特与赫微特〔Hewitt〕，"导论：卢夫之从自然科学到社会科学"〔Introduction to Rueff's From the Physical to the Social Science〕；卢埃林〔K.N. Llewellyn〕，"荆棘丛"〔The Bramble Bush〕；卢埃林，"现实主义法理学"〔A Realistic Jurisprudence〕，《哥伦比亚大学法律评论》第 30 卷，第 431 页；卢埃林，"现实主义的某些现实"〔Some Realism about Realism〕，《哈佛法律评论》〔H. L. Rev.〕第 44 卷，第 1222 页；卢埃林，"法律思想与社会科学"〔Legal Thinking and Social Science〕；杰罗姆·弗兰克〔Jerome Frank〕，"法律与现代思想"〔Law and the Modern Mind〕；杰罗姆·弗兰克，"论卢埃林的'荆棘丛'"〔Review of Llewellyn's "The Bramble Bush"〕，《耶鲁法律杂志》〔Yale L. J.〕第 40 卷，第 1120 页；杰罗姆·弗兰克，"法官是凡人吗？"〔Are Judges Human〕，《宾夕法尼亚大学法律评论》第 80 卷，第 17 页(U. of P. Law Rev.)；参见迪肯森〔Dickinson〕，"判决过程中的法律规则"

〔Legal Rules in the Process of Decision〕,《宾夕法尼亚法律评论》第79卷,第833页;庞德,"呼唤一种现实主义的法理学"〔The Call for a Realist Jurisprudence〕,《哈佛法律评论》第44卷第697页)。

我说过,这个团体的成员以现实主义者自居——所谓现实主义者,是因为他们忠于司法过程的现实、不为虚构或者偏见而蒙蔽,在某种程度上,尤其是对他们自己而言,成为现实主义者被视为其努力的目的与宗旨(庞德,"呼唤一种现实主义的法理学",《哈佛法律评论》第44卷第697页)。我想冒昧地改变一下上述说法,自此称他们为新现实主义者。阿伽门农麾下出勇士;最近十11 年以来,法理学界也出现了这批人,努力探索司法过程运行的真相,坚定不移、全面地探索着,将其所见所闻如实、坦率地公之于众。在这个意义上,萨维尼是一个现实主义者,耶林(Jhering)、我们本土的霍姆斯和庞德以及许多其他人也都是现实主义者。"法律,"萨维尼说,"将真实的生活作为出发点"(Das Recht geht von der Wirklichkeit des Lebens aus.)。将萨维尼的箴言推广至司法过程的运行中去,如实地看待司法过程,而非适时地应个景儿,说说顺风话儿,这是当代现实主义者联合起来的共同愿望,因此,几乎没有人会顽固不化、乃至抱残守缺。他们以忠于现实的风格自居,似乎显得有点过于自命不凡。即便如此,这种标榜也是可以原宥的,它反映了当下哲学、艺术与文学中的一个流行趋势:将现实主义视为一种固有的善,一种恒定的价值,不管实际上如何做(科恩:《理性与自然》(Reason and Nature),第457页)。另一方面,当你越过了这个精神理想的联结带,到新现实主义中寻找一种整齐划一的学说时,就不那么容易了。真实的情况是,这一新信仰的信徒们还没有构成一个学派。他们代表了一场运动、一种思潮、一个趋势,他们

坦率地承认其强调的重心和信条具有根本的不同(卢埃林,“若干现实主义者的现实主义学说”,《哈佛法律评论》第44卷第1222,1234,1256页)。因而,评判此新信仰,经常需要将偶然与品性、粉饰与信条区分开来。这个或那个信仰中的许多言辞必须不予考虑,至少在我看来,这些言辞尽管说起来尖锐、有力、具有惹人注目的新奇魅力,却考虑欠周、夸大其辞。夸张的言辞多属附属品,只有将它们删减之后,才会留下真理的内核。也许,我们最终将发现——事情往往如此——论战主要是言辞之争,派别之间的和睦亲善关系(rapprochement)比我们想象的要简单。在偏见与谬误严阵以待的战场前哨,需要一致对外,让我们不要再过分夸张分歧,那将分散启蒙和真理的力量。

在新现实主义者(或者绝大多数)的思想里,根本一点是提升法官的所作所为而非法官的所言所语。他们坚信“行动胜于言辞”的座右铭。事实上,他们走得更远,他们中的某些人似乎告诉我们,行动不仅比言语更有说服力,并且,言语根本不能说明什么。在这一派的观念中——其影响与数量正在剧增——法律并不能在法官的判决表达中发现,只有在法官的行为,也仅仅在其行为中才能找到法律。原则、规则与概念之中及其本身都不是法律,从而也没有固定法律形式的强制力。它们除了可以暂时解释某个判决的实际裁定(holding)的意义之外,别无它用。它们是“问路石头”(ballons d'essai),是尝试,而非终局定论。法官用来证明裁定合理的语言,如果适用在新环境中达到了其逻辑的边界,就会显得不合适宜或有害无益。当人们发现原则、规则或概念已成一种累赘时,就应将此无用之物抛开。我想起了边沁的“论《英国法释义》”(Comment on the Commentaries),那是最近才从其未公开出版、以往

12

忽略了的手稿中发掘出来的财富。“具体的司法判决，”他说，“是法官的行为；它们是权威的行为。法律规则却是普适性命题，它们是从上述具体行为中归纳出的结论；这些结论可由任何一个尽心思考这一主题之人得出。如果他碰巧是个法官，其结论的份量自然比一个普通人得出的东西要重得多。”然而，结论的权威仅存在程度的差异，却无质的不同。可见，在一个世纪甚至更早以前，法学家的革新就已经开始！当代的新语——人们思想与措辞中流行的新奇——有时比我们想的更陈旧。

目前，仍处于初始阶段的新现实主义的主题至多不过是重述了边沁阐明的遵循先例学说，这种具现代形式与措辞的重述，强调的重点稍有不同。我并不认为它一开始就是一个完备的学说。[①]
13 甚至在此初始阶段，该学说即将判决的创造力放在过于显著的位置，而将话语的意义挪于过分次要的位置。同时，我毫不怀疑，不论在过去还是现在，新现实主义的主张都对法学具有巨大的价值，它们有助于消除遵循先例原则中某些令人吃惊的刻板；警示我们：我们一手创造的原则、规则和概念，在很多情况下仅仅是种顿悟(apercus)，是对现实的惊鸿一瞥；提醒我们：在它们被认定为有损当代社会公序良俗时——竭尽所能地阐释社会公序良俗正是我们法官的份内之事，需要去重构它们，甚至有时去废弃它们。我自己也在通过一个谦和的方式，鼓吹同样的学说(“法律科学的悖论”，第49,50,51页)，通过一个更谦和的方式，实践我所鼓吹的东西。自那时以来，我并未改变自己的信仰。

① Arthur L. Goodhart 教授在其论文："Determining the Ratio Decidendi of a Case"中极好地阐明了新现实主义的一些缺点。

处于初始阶段的新现实主义，甚至现在从其本质上来说，都不能等同于置于该旗下的任何主张。我们应牢记上文所言：那是一个运动的口号而非一个学派的信条。也许会有人从那些遍布四处、热情洋溢的措辞中想象：要想治愈我们的疾病，就要令法律一劳永逸地放弃诸世纪以来对理性一致性的疲惫追求，沉溺于某种闪烁其词、仅仅反映一时冲动的公正观(参见迪肯森对此趋势的批评："判决过程中的法律规则"，《宾夕法尼亚大学法律评论》第79卷，第833,845页)。我不敢说此趋势或与此相类似的趋势是否就是司法过程的未来。但至少司法过程现在并非如此，这些预言部分并不能等同于其论述的部分，尽管通常前者更易为，也更有趣。实际上，读了关于新群体信条的最新权威论述之后，我相信：他们并没有仅仅依赖于善行的美德作为补偿，而放弃客观测试与客观标准的审查。对于能令无药可救的先例崇拜者变成以热爱现实为至福之人的信仰来说，笃信纯粹感情的功用并非是其中的必备要素(卢埃林，"若干现实主义者的现实主义学说"，《哈佛法律评论》第44卷第1222页；参见弗兰克："法官是人吗？")。我确实发现，到处都充斥着对匀称与秩序的古老理想不屑一顾的论调——带 14 着纯粹嘲讽的口气，仿佛它们已被全盘抛弃，已被新的逻辑和方法论定为百无一用之物；但是在我看来，这种论调与口气不是运动的精髓。它们不是交响乐的主旋律，只是装饰音，充其量也不过是花哨的小插曲。在运动的初始阶段，没有这些声音倒令人奇怪了。如果没有这般丰富的方法与夸张的措词，你几乎不可能向失足的罪人指明救赎之路，令其第一次看清方向。惟一令人伤心的是：最终证明大多数这些道路往往并非新路，救赎也只能是一个遥不可及的目标。新现实主义不时困扰于这种传教士般的狂热。信徒中

的超级狂热分子(over-zealous)——当我如此称呼他们时,不想贬低他们的光彩和力量——不满足仅仅说:秩序、确定性以及理性的一致性是好的,但有时应从属于其他更重要的价值。他们有一种狂躁的轻视,似乎罢黜它们的偶像地位就是要证明它们全是恶魔。那些原则、规则和概念不仅丧失了古老的专制权力,而且遭到贬抑,被粗暴地剥夺了原有权力的每一丝痕迹;实际上这种贬损走得更远,已经剥夺了利用它们再生的能力。法律体系中的秩序(争论由此而起)是一个幻象,一个海市蜃楼。追求秩序是一个幼稚的梦想,是青少年在父母的指引下对确定性的渴望,也是受庇护的年轻人不愿面对成熟与成年带来的考验与风险。银发苍苍的法官身处暮年仍如最年青的新入教者一样稚气——这是一个既带来安慰又招致责难的福音。当初应付紧急状况的一个学说——一个被牢牢锁起、仅在痛苦与紧张时才审慎使用的、和平革命的武器——现在似乎变成了抽屉里伸手可及的工具,住家打杂的零工抓在手中,挥舞着扳手或榔头随心所欲地不停使用。

15　如果新现实主义具有上述意义或上述意义所暗含的东西,如果它的福音纯粹是种时断时续的个性表现,它就是一种错误的、招人误解的狂热,除非如我所言,它关注的只是预言,我也将退避三舍。从新现实主义信徒的言语中,你可能得出,他们正在承认这种狂热或者准备承认这种狂热,尽管如此,我却认为,这些放纵的言行不是此信仰的本质。我相信,他们想贬抑的,或者主要想贬抑的,是有关秩序、确定性与一致性的幻象,这种幻象坚持那些表面而非实质上的一致性。我这样说,并不想开释他们所有的缺陷。的确,一些声名显赫的法理学家,对他们的主张提出了批评,认为他们想坚持更多的东西(庞德,“呼唤一种现实主义的法理学”,同

上；博林〔Bohlen〕，“关于弗兰克《法律与现代思想》的评论”〔Review of Frank's Law and the Modern Mind〕，《宾夕法尼亚大学法律评论》第79卷，第822页；迪肯森，“判决过程中的法律规则”，《宾夕法尼亚大学法律评论》第79卷，第833页）。如果其主张的基调与趋向不能为诸如此类的读者所理解，那么，他们对其论述中的晦涩难懂当然负有不可推卸的责任。在考虑所有这些因素之后，我认为，该思潮至少并没有鼓吹这样的学说：无原则地屈从于形势的刺激和某个法官的心血来潮（博林，同上）。这种屈从并非新信条的核心内容，而是在实际上与后者存在着实质性的对立，因为它与一个基本信条相抵触：任何归纳活动，即思想的主观创造活动，都必须根据客观或永恒真实的标准与准则，时常进行检验、限定与反思。因而，我将鼓吹司法救赎福音中不时出现的嘲笑与急躁抛在一边，他们是错误的和不重要的。我也将从他们自己口中迸发出的唯我论的谴责抛在一边，它们是在与其他基本学说的争吵中出现的。同更折衷、与传统更和谐的学说相比较，这些言辞显然是过激的。[①] 夸大与唯我论淹没了其他声音，损害了新现实主义的事业。如果我们敏锐专注的耳朵试图辨明真理，就不要被它们蒙蔽，错失了藏在其中的启示与真理。

16

很多人认为，有关先例约束力的学说似乎已对司法过程作出了整体性、决定性的总结，我觉得这种看法产生了许多混乱的思想。而今，遵循先例是司法过程中一个重要因素，但从长期看它绝非整个司法过程。事实上，新现实主义提出来要解决的问题，其自

① 最近，一个新现实主义最杰出的宗师在对该学说的新信条所作的解释中适度而明智地总结了新现实主义的发展趋势：卢埃林，Some Realism about Realism, 44 H. L. R. 1222；又见该作者的“Legal Thinking and Social Science.”

身分为两个问题,而这两个问题并非总是能截然分开。首先的问题是,法官在发表意见过程中形成的原则、规则和概念是否完全没有再生能力;从根本上讲,确定性、有序性和一致性是否具有价值。回答了这个问题之后,还存在另一个从属性问题。在一致性所带来的危害很明显时,仍然需要考虑,遵循先例原则要求人们在多大程度上去坚持某个原则、规则或概念,坚持确定性或有序性的理想。这两个问题可能搅在一起,却远非同一个问题,然而,许多法学论文,无论是偏爱还是反对新现实主义的,都假定它们是同一的,至少是未能将它们成功地区分开来。由于遵循某个原则、规则或概念是逻辑或前后一致性提出的要求,因而我们准备牺牲其他所有的利益来坚守这种遵循,这是根本占不住脚的。然而,下列情况也同样占不住脚:由于可能出现其他价值更重要的情况,法官就全然将秩序与一致性弃之不顾。令人高兴的是,会叫的狗不咬人,哲学家的声音也往往超过其实际意图,新现实主义并非像其受到批判的无政府主义同行那样,全然无视一致性。

一条古老的法学格言说,危险潜伏于定义之中。这不仅对定义适用,通常对普遍原则(universals)也适用。这样的陷阱很可能捕捉住思想者漫不经心的双脚,即便他们正在咕咕囔囔地警告他人危险。我们研究的主题——法学方法的理论,也会出现同样的

17 情况。司法过程运行方式的一般法则,如同产生一般法则的这一运行过程,极有可能是不完善的,出来的结果需要不断地补充或修缮。一句警言可以说明这种不完善性(fallibility):话语总是附属于行动。经常如此,但并非永远不变。人们表达的东西总是取决于行动?事实正好相反,人们的行动往往取决于其所说的话。法律的原因消失了,法律本身也将随之消失(cessante ratione cessat et

ipsa lex),这一格言透彻地说明了这一点。不管情况如何特殊,旧时代的法院对宣告限制交易的合同无效持非常苛严的态度。如果仅仅判决就足以主宰此后的法律进程,而理性不具任何价值,那么,法律的发展将与现在的状况截然不同。但与此相反,我们发现理性占据了主导地位,结论纯粹是细枝末节。保留下来的是古时判决中所体现的公共政策而非判决本身,后者已被深深埋入光阴的熔岩(卡多佐,《司法过程的性质》,第 95 页; Nordenfeldt v. Maxim Co., 1894, A. C. 535, 553; Anchor Electric Co. v. Hawkes, 171 Mass. 101,104; Diamond Match Co. v. Roeber, 106 N. Y. 473)。我们还可以收集不计其数的其他例证。我们可以在家庭关系法中看到类似的过程,其逐步承认妻子享有古时独属于丈夫的特权(Oppenheim v. Kridel, 236 N. Y. 156; 卡多佐,《法律的成长》,第 105 页)。在刑法中,我们也可以找到例证,将共谋(conspiracy)或其他轻罪(misdemeanor)并入重罪的古老规则,给理智让出道路,也使自已在和谐的法律体系中找到了合适的位置(People v. Tavormina, 257 N. Y. 84)。无论关注哪一个领域,我们都能收集到许多证据:真正有能力主宰法律形成的,不仅仅是判决的内容,也不仅仅是解释判决时所表达的语言,而是:有时是判决(的理由),有时则是(为什么)判决的解释。

忘记先例只是司法过程中的一个因素而非司法过程的全部,将产生混乱,同理,忘记法律一词代表了很多种不同的概念,反驳了某事物是法律或不是法律经常只证明了其在某个特定意义上是法律或不是法律,也将产生混乱。目前,在我个人来看,能贴上法律标签的社会事实,要比许多新现实主义者所划定的广泛得多。我发现,按照某些法官采取的选择程序,一个松散存在的由原则、 18

规则、习惯、惯例和道德共同构成的巨大聚合物随时可能进入某个判决中。如果社会形成一种具有合理确定性的预期：当这些规则的权威受到挑战时，法院将支持他们，尽管我不想同那些认为它们是另外一回事的人发生争执，[①]我仍要说，它们就是法律（卡多佐，《法律的成长》，第52页；参见亨廷顿·凯恩斯，前引文，第337页）。我反对将法律的定义狭窄化，这样做近乎于否认法律的客观存在。法律狭窄化的过程将驱使我们得出结论：在此案或彼案的判决之前，不存在任何法律，进而，判决一旦作出，就变成一条仅对自身有效却不能溯及其他的法律，因为推翻或抛弃判例的可能性始终存在。我曾在其他地方论及它："法律永远不成为法律，而总是将要成为法律。只有体现在某个判决中，或者被宣告终止时，人们才意识到它的存在"（《司法过程的性质》，第126页）。分析到这个程度将会破坏其准备解释的真正主题。倘若接受了这些精练的提法，我们会困惑不已：期望每个人服从，如果谁胆敢违背将施于严厉而痛苦惩罚的法律，到底是什么，我们耗尽生命研究、实践并试图去理解的法律，又是什么。继续讨论此主题，我将离题太远，而且，在此之前，我已着手讨论过它（《司法过程的性质》，第127页；《法律的成长》，第31页）。一本书的主题难以被压缩为一段话。

① "查士丁尼学说汇纂精妙无上
纯然闪耀于人们眼眸之前
跳动在眉间 抖落在唇边
那些欲说无言的字眼。"（Count Guido Franceschini in Browing's Ring and the book.）

二、理智与情感：法官真实的作法

19

让我们暂时忘记定义的准确性，忘记思想与措辞的微妙之处，扪心自问，律师与法官在日复一日创制法律的实践中，干了些什么。原则、规则和概念是毫无结果、还是展示了再生的能力？对法院每日判决的形成过程几乎一无所知的人都知道答案是肯定的。实际上，即使最彻底的现实主义者都不准备持否定的态度(见弗兰克，“论卢埃林的‘荆棘丛’”，《耶鲁法律杂志》第 40 卷第 1120，1123 页，1931 年 5 月)。他们承认再生现象，却同时主张：与司法过程产生的判决总数相比，这一现象不如通常认为的那样普遍，意义也不如通常认为的那样重大(弗兰克，同上)。即便如此，这种认同大大有助于为新现实主义与其他学派相互谅解提供基础，消除派别分歧所带来的严寒，现在，他们仍忙于互相挥舞拳头以示愤怒，而非投身于攻克共同敌人领地的堡垒，那些无知、反动和迷信文字的堡垒。当人们意识到差异只是在比例和程度上时，我所说的谅解起点即已存在。新现实主义只是在权衡与估量司法大熔炉里投入的诸因素时与其他学派不同。他们不否定这些因素以这种或那种方式存在着，只是程度多少的问题。

如果根据我的经验回答法官在日复一日创制法律的过程中干了些什么，我发现，对一般案件而言，前任法官的所言与所为具有基本相同的力量。此处的法官之所言不是指纯粹的判决意见(dictum)，尽管我毫不怀疑即便是判决意见也具有繁殖能力，子孙众多；此处的法官之所言是指公开表明、正式宣布、用以确定结论的原则。但是，这些一般判例并非法律体系的全部。还有一些例

20

外案件，创新在其中发挥了最大的功能。这些案例对法律方法的研究者具至关重要的意义。在我看来，对这些案件，新现实主义所说最符合现实，也最有用处。在这儿，纯粹逻辑或一致性的强制力最小，尽管其力量从来不容忽视。当某个结论被视为不公正或不适宜时，当逻辑或预期的一致性致使以往的先例本身受到质疑——当法院处境困难，换而言之，希望寻觅某条逃逸之路时，早先判例中的做法将被认为具有新的重要意义，而已公开宣布的许多事可能被取消或忽略。现实如此，尽管人们认为，只要激励变化的力量不是那样猛烈和具有压迫性，新判例就合理地处在先前判例的范围之中，处在判决理由的领域之内。“每个律师都知道，”卢埃林说（“《销售法——案例与材料》前言”〔Preface to Cases and Materials on Sales〕第十页），“法院既可以将某个先前判例的内容限制在最窄小的范围内，也可以允许对其判决理由作最宽泛的阐述。”

在司法过程的图景上，除非加上其他一些区分，否则其就是不完全和易招人误解的。我们必须区别下列两种能力：一项原则对纳入其范围内案件的繁殖能力，以及该原则在那些不能直接应用、只能将其作为一种纯粹的类推、一个路标、一项指南而非一个支配性规则（即便人们承认它在自己的领域中是完全合法的）的案件中的繁殖能力。在后一类型的案件中，诸多障碍与各种出路制约了类推，耗尽了原则的繁殖力，其间最为显要的莫过于所谓的公正与适当。同理，如果该原则的范围存有疑义，如果其应用的边界不确定，那么实际需要的考虑将影响原则的扩展。有时候，语言从属于行为，另外一些时候，则行为从属于语言。简而言之，正如法律处处都充满了对程度的区分，在法律的分支中，先例之重要性与先例

21 发挥作用的形式之重要性,亦是如此。这儿会有一个区分过程,从识别外表非常明显的差异乃至发现细微而模糊的其他差异;这儿会有一个限定过程,即便不抛弃先例,也将宣布先例的某部分是错误的;这儿还会有一个完全推翻先例的否定过程。

如果我们变抽象讨论为具体情况,问题会更加清晰。以最近一些案件中激烈讨论的议题:过失言论(negligent speech)责任为例。不含欺诈、纯粹过失之言,在何种情形下,说话之人需承担责任?近年,纽约法院就此主题作出的三个判例,标志着法律在这个主题上的进步。它们是:Glanzer v. Shepard, 233 N. Y. 236, 1922年判决;International Products Co. v. Erie R. R. Co.,244 N. Y. 331, 1927年判决;Ultramares Corporation v. Touche, 255 N. Y. 170, 1931年判决。在每个案件中,撰写判决意见的法官都想阐明一个普遍的原则,尽管他们持一种审慎、保留和限制的态度,使该原则具有尝试的性质。当这一系列的最后一个判例达成时,人们清楚地认识到先前原则的临时性特征。倘若最大限度地应用这些原则,将使法律受制于不实用的原则,而现在它只能限于形成该案判决的事实。由于规则的表述使用了谨慎、尝试性的用语,故在此情形下,对判决进行限制显然相对容易。然而,我发觉,即便上述措辞更坚定一些,结果可能也是一样。法院很可能作出相同的事情,尽管需要表示更多的歉意。让我再次引用布兰代斯法官的判决意见——我曾在其他著述中多次提及:“这是我们法律制度一个不可多得的优点:形成一个规则所经常使用的包容与排除过程,不以规则的公布为终结,法官意见的表述将受到其后发生、不可预见的事实的影响”(Jaybird Mining Co. v. Weir, 271 U. S. 609)。

某个规则(formula)自然进化为一种规范(precept),取决于它的

范围、空间与时间。换而言之，空间与时间因素会影响规则形成法22律的能力。所谓空间因素，是指特定争议中援引的规则所具有的普遍性或扩展性，它建立了引出结论的遗传血统(stock of descent)。大体上来讲，责任反过来会随规则的扩展而变化，尽管只是一个大致的趋势。以宪法的某些原则为例，诸如禁止任意干涉自由或财产的正当程序原则。一个如此通用的原则，其所有意义几乎全取决于它的应用。因而，当某个特定的法案受到质疑，该原则的大部分意义将取决于彼时组成法院的法官们所持有的社会或司法哲学(鲍威尔〔T. R. Powell〕，"国家的效用与最高法院"〔State Utilities and the Supreme Court〕，《密歇根法律评论》〔Mich. L. Rv.〕，总第29期，1931年6月，第1001，1028页)。另一方面，我们必须牢记，即便在此法律领域，规则拥有最强扩展能力，其扩展能力也必须保持在一定限度之内。即便在此，该原则也具有一种强制力，超越了导致其产生的、特定争议事实的范围。如果我们不承认，是Gibbons v. Ogden与McCulloch v. Maryland播下了致使后来判决诞生的种子，就是在以一种最不现实的方式误读历史。

宪法中的这种真实例子在其他法律部门同样存在，尽管程度有所不同。许多原则、规则或概念都非常明确，以致于运用它们时，自由裁量权尽管并非完全消失，也很少起作用。诸如这样的原则：寻求公正之人必须公正行事；诸如这样的规则：撤销某个交易行为，要使其在法律上有效，必须在获得利益之前提出；诸如这样的概念：公司是区别于其成员的一个独立法人——自这些血统而出的结果并非总是确定的，然而它们具有如此确定的因素，以致在绝大多数情况下，对训练有素、内行的判决进行预测，并非一种冒险。如果这些血统被连根拔除，我们的判例法体系将与现在的状

况有天壤之别。

正如基于范围和空间因素的区分一样，还有基于时间因素的区分。即使是扩展性不大的原则、规则或概念，在其骨架被固定之前的早期阶段，也具有相当的可塑性。但这绝非说，其可塑性将延续不断。等到某个时候，当它适合于一系列的诸多事实，当它被用来规范所有这些事实，当这个做法变得如此平常，以致于最后其应用达到或者接近其最大范围。至那个时候，可塑性终止了，甚至在此之前，它在很大程度上已经减弱了。现在假说成了现实。曾经只是一种暗示的东西变成了一项命令。起初仅仅具有说服作用的规则，通过适用于为数众多、变化多端的实例，赢得了权威。此时，在任何一种意义上，它都是法律了，是一系列判决体现出来的法律，这些判决逐步在整个法律领域中标识出它的范围。 23

在此，作为法律目的与宗旨的秩序、确定性与理性一致，其所具有的驱动力，是促使规则掌握控制权的冲动与能量。这种力量之所以具备驱动的能力是因为人们认为：不受羁束与规范的自由裁量权为专制与腐败打开了方便之门。因此，在原则、规则或概念坚不可摧地确立起来，以致其控制权不会受到妄想者的挑战之前，在此漫长的过程中，它必须缓慢而犹豫地在含混模糊或争论不休的法律区域，争夺自己的席位，必须用其自己铸模出来的形式，占据法律领地。此时，它的权力还并非至高无上。它仍须同其他类似规则进行竞争，后者可能会显示自身更精确、更有利、更公正。如果它们未能做到这一点，那么，它将获得优先通行权。

我说过，我乐意将那些充满了这种生殖力的规则称为法律——在它们最后的胜利号角吹起之前，就赋予它们——尽管最终的结果可能是，其生命以及人们期望中其后代的生命，要比人们卜

卦计算所期望的短得多。给它们这个称谓，我仅仅是在保留法哲学领域内的法律与连续有序的预期之间的相似处，后者亦被称为自然的法则（参见《法律的成长》，第 34 页）。许多年来，律师都在引述霍姆斯法官的名言："所谓的法定义务不过是一种预期：如果某人做了或者没做某些事情，将被迫忍受法院作出的这样或那样[24]的判决。"现在杜威博士也在《寻求确定性》（The Quest for Certainty）一书中表明，伟大的自然法则是对类似秩序的预期，这种预期也同样不可靠和会出错。它们已经丧失了一度被赋予的品性：内在于宇宙结构、不可变更的次序。对任何诸如此类的浮夸标榜而言，所谓的不确定性原则似乎给了它们致命一击（杜威，《寻求确定性》，第 201 页）。它们已被贬抑至这样的水平：由法官宣布的、近似于假说的规则。"用专业的话来讲，"杜威说道，"建立在新基础之上的法则是一种规则，用来预期可观察的某件事发生的可能性。它表明了某种充分稳定关系的存在，使得在特定可能性的范围之内——不是一种错误的可能性，而是实际发生的可能性，出现个别情形——因为被观察的每种现象都是独特的。"（第 206 页）（参见阿瑟·康普顿〔Arthur H. Compton〕教授，"我们生活在一个机会的世界里？"〔Do We Live in a World of Chance〕《耶鲁法律评论》，第 886 页，1931 年秋季号。）听起来，这些话很像在描述司法过程运行中产生的法律。法律工作者理解和发展的法律可能越来越接近于科学家理解和发展的法则，然而实际上，科学的法则也同样越来越接近法院法官立下的法。"人类，"用阿尔弗德·怀特海（Alfred N. Whitehead）博士的话来讲（怀特海，《过程与现实》[Process and Reality]，第 21 页），"永远不能确切地知道以后将发生些什么。当我们全面研究思想的历史以及实践的历史时，会发现，人们检验了

一个又一个的思想，界定其范围，阐明其真理的核心……正确的检视不是其结果，而是过程。”

法律，即法哲学关注的法律，亦如此。它的原则、规则或概念并非是最终的。它们可能标识的，仅仅是进步的某个阶段，有时甚至是后退的某个阶段。即使这样，它们却并非毫无意义。人们将它们看成类似于自然法则的东西，直到其他更真实表达法律普遍性秩序的规则取代它们。这种秩序的内容由法官通过判决表达出来，因为他受命研究法律的普遍性。此秩序由确定性与规律性构成，却不仅限于此，还包括适宜与公正。源远流长的习俗与传统的专业技术将决定，在任何特定的情况下，这些构成因素中哪一个将占统治地位。至少，确定性与规律性受到人们先人为主的偏爱。它们向我们显示，在一般行为模式中，故亦在法律中，对过去使用的陈腐方法，我们极有可能继续沿用，直到干扰力量带来的震撼足够强烈，使我们脱离常轨。

25

我知道，这一切都太过模糊，使人痛苦不堪。多年以来，我提出了众多的思想，却无法将其阐述得更为清楚。司法过程是一种妥协，一种矛盾与矛盾之间、确定性与不确定性之间、崇尚书面文字的拘泥字义与破坏规律及有序的虚无主义之间的妥协。四五年前，我在一本名为《法律科学的悖论》的书中斗胆提出了这一观点。自此后，我从科恩教授的哲学中获益匪浅，该哲学坚持自然世界与观念世界的过渡地带，坚持用两分原则(principle of polarity)作为它们之间的调停力量。“要使逻辑运用于经验主义的问题，”科恩说，“我们必须使用两分原则。我的意思是：经验事实通常是两个相反但有不可分离的趋势合成的产物，就像南极与北极”(莫瑞斯·科恩，“观念及其过渡地带”[Concepts and Twilight Zones]，《哲学杂志》

[Journal of Philosophy]第24卷,第673,678页)。“从两分原则的观点来看,过渡地带是对立趋势相平衡的区域”(前引书,第679页)。此一般性观点与我们主题更接近的表述是:“普遍性,”他说,“与个别性,公正与法律,理想与实际,均密不可分,然而亦非完全同一。诸如存在与生成,惟一与多数,静止与运动,均是两分的事物。否定一个,另一个也就无意义了。然而,这两极必须总是保持对立”(科恩,《理性与自然》[Reason and Nature],第426页)。绝对主义与经验主义都不对,亦非完全错(前引书,第437,438页);热爱稳定即热爱事物本来面目之人与渴望变化的狂热者,亦如此。两者都是上帝之城(Civitas Dei)的缔造者;让我们虔诚地相信:司法过程 26 的每一个工匠都是这样;每一个试图克服重重困难、寻觅密码的搜寻者也都是这样,这个密码将使不可调和的相互调和,自相矛盾的两极相互和解,给运动一个位置,一个适当的位置,同时也给另一个,即确定与秩序,一个适当的位置。

在法律市场内所有这些相互竞争的货物之间进行选择时,我们现在听到大量判决将直觉、时尚更形象地称之为预感(hunch),作为价值真正的仲裁者(胡其森[Hutcheson],“判决的直觉:预感在司法判决中的作用”[The Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decisions],载《康奈尔法学季刊》[Cornell L. Q.],第14期,第274页)。我不想试图贬低它在司法过程图景中的作用,但我想,就它对法哲学的意义而言,存在着很多误解。该思潮似乎认为,证实了预感的价值,就确立了纯粹感觉或感情的王国,确立了任意偏好的王国,同时也就剥夺了概念、规则和原则的价值,剥夺了所有逻辑的价值,直到我们也在其驱使下宣称,混乱为王,就像希腊喜剧中的那个诡辩家(伊文·艾德曼[Irwin Edman],

《同时代的人及他们的思想》[The Contemporary and His Soul],第4页;利普曼[Lippman],《道德前言》[A Preface to Morals],第1页)。我并不认为,杰出法官以及那些将预感引入法律方法学上流社会的思想家,在他们的思想里,存着诸如此类的误解。然而,我害怕,这个新来客人的重要性,即便其发起人作出了合理评价,却为其他人所夸大。

目前无可置疑的是,灵感的直觉之光奠定了所有科学、所有艺术甚至所有行为的基础。我已在演讲集《法律科学的悖论》(第59,60,61页)中讨论了这一问题,其他许多文章中也有涉及。我曾引述格雷厄姆·华莱士(Graham Wallas)的文字。如果还需要补充的话,还可以加上其他证明。"若非在各种思想以及自这些思想而来的严格推论启发下,我们将永远看不到细胞、电波、电流、电阻以及新陈代谢的比率等等。若非先前致力研究众多相关思想的那些人,通行的科学史所提及的偶然发现将永远不会发生。未受思辨理性启发的观察是缺乏想象力的。实际上,缺乏合乎逻辑的预期或者缺乏对希望发现事物的假定,发现就没有明确的目标,更别说对与我们搜寻相关的事情进行检验了。智慧不会光临那些瞪视自然却茫然无知的人"(科恩,《理性与自然》,第17页;参见该作者的"哲学中的技术与想象"[Vision and Technique in Philosophy],《哲

27

学评论》[Philosophical Review]，1930年3月第39期，第127页)。[1]

当我们由理论及实践，由思想领域及行为领域，这一过程亦无差异。从奥斯汀·张伯伦爵士(Austen Chamberlain)几月前发表的一篇文章中("英国外交政策的基础"[Bases of British Foreign Policy]，《外交事务》[Foreign Affairs]，1935年7月第9卷，第535页)，我们得知，几世纪以来，直觉已成为英国政治家国际外交的驱动力量。"英国人，"张伯伦说道，"一直不相信逻辑，尤其是政府中人，因为本能与类似的经历使他明白：人不受逻辑控制，对待政治问题如同对待逻辑练习题，是不明智之举，智慧的做法往往是避免从看起来合理的争论达到其逻辑结论，同时接受一个不合逻辑却行得通的妥协。逻辑终归使我们失去了十三个殖民地。"

---

① 洛克菲勒学院的阿尔弗德·科恩博士在最近一本新著《医学，科学和艺术》(Medicine, Science and Art, The University Chicago Press, 1931年)中，发展了一个相同的思想。他把写作的过程称为"直觉"，他详述了根据"通常是广阔的且往往是深刻的经验"来浓缩直觉的必要性。这种经验是我们绝大多数快乐灵感的真正基础。"因为我就有这样的经历，"他写道(第49页)，"尽管我并未察觉到它，在争论中或者在特定的情形之下，我得出的结论，远远超出那些没有经验的人，那些先前对相关问题不感兴趣的人。我非常迅速地得到了需要的结果；如我所言，我用闪电的速度浓缩了可能经数年积累起来、沉闷地占用了他人精力与时间的思想。由于我经常反复地考虑这个问题，毋须在当下痛苦不堪、旷日持久地演练争论的所有步骤。在此意义上，直觉就是快速地应用经验——仅此而已。"我们应当区分"毋需准备、'基于天生敏锐、通常特别赋予妇女的聪明猜测'"与"高级的直觉，后者意味着我所描述的复杂过程，涉及注意力、观察力、记忆以及意识之外的推理"(第51页)。

伯特兰·罗素用感人至深的力量，显示了纯粹沉思作为启发源泉的地位(The Conquest of Happiness, p.76)。"我发现，"他说，"如果我必须讨论某些相当艰涩的主题，最佳的计划是非常深刻——以我可能达到的最大程度的深刻来思考它，几个小时或几天，最后，时间会给出命令，也就是说，工作是暗中(即下意识)进行的。几个月后，当我有意识地返回该主题，发现工作已经完成。在发现这一技术之前，其间数月，我通常因为一无进展而忧心忡忡；却一点儿不因这担忧而更快地达成结果，白白耗费数月，要是现在，我会用它们来干别的事儿。"

如果从心理分析的角度来看待直觉学说,它体现了一个重要真理;它生动、有趣地描述了思维艺术的某个步骤。直觉是隐藏在 28 科学家实验背后的科学预测、灼灼发光的假说和天启般的顿悟(《法律科学的悖论》,第59,60页;格雷厄姆·华莱士,“思维艺术”[The Art of Thought],第80,82页)。然而,如果我们把它看成是对整个司法过程的总结,那就是片面的、错误的。走到一个极端,它就纯粹堕人了将不受羁束的自我表达作为信条的法哲学王国,如今,在客观行为领域,这种信条仅仅是已经逝去的时髦。这样的体系毫不新奇,或者说,这根本构不成一个体系。一代人以前,法国人就已试验过了。继而发生的一切在其法律历史上形成了所谓“马格劳德现象”(le phenomen Magnaud)的一页。对每一个案,法官都会被要求扪心自问,在此情形下,一个好法官会想做些什么,然后相应作出判决。我在其他文章中探讨过这个历史插曲(《司法过程的性质》,第138页)。惹尼(Gény)以大师的权威撰写了它的墓志铭。在十年或更早以前,我们国家也发生了类似的插曲,北达科他州的罗宾逊法官[Robinson]发起了一个反对现存法哲学秩序的类似运动(《司法过程的性质》,第138页)。德国人所谓的“Die Gefühlsjuisprudencz”,即纯粹感性或激情的法理学(布律特[Brütt]:《法律适用的艺术》[Die Kunst der Rechtsanwendung],第101页;惹尼,《解释方法》[Méthode d'Intérpretation],p.307),尽管有引人注目的价值,在它们中间,却还不算新奇(参见《司法过程的性质》,第106页,107页)。

谴责或赞美确定性、有序性和一致性的理想,重要的是确定它们的涵义。无视这一忠告,将产生许多思想与言语上的混乱。站在法律工作者的立场上,确定性、有序性与一致性是这样一件事

情,站在外行人的立场上,确定性、有序性与一致性又是另外一件事情。我们经常把两者混为一谈。如果必需在它们之间进行选择,我们会发现,选择外行人所知道的那一种是明智的,因为受规范的是他们的行为,也是他们,而非法律工作者应当获得一致性的保护。如果一个判决中宣布的法律,符合业已确定的习惯或者朴素却不存疑义的道德律令,那么它很少会失败,确定性将得到促

29 进,而非受到阻碍,尽管法律工作者们可能发现,法律领域的对称性产生了瑕疵,他们心中如此珍爱的完美法律(elegantia juris)带上了裂痕。外行人极少关心(法律的)完美,也从未有机会纵览整个法律领域。对他而言,重要的莫过于法律的制定应当符合其理性的预期,如果法律规范与当代道德明显相对立,则无法到达此目的。优先考虑这些预期,往往比扩展由古老的法官意见所确立的某条规则、直至其逻辑边界,更易达成真正的确定性,更能实现法律秩序的理想。这又是一个程度问题,一件偏多还是偏少的事情,涉及对分量的调整和对刻度理解的问题。

我发现,二十世纪对法律及科学方法的这种分析——它体现了对一般性概念的轻视以及对特殊性的关注,与里昂·桑代克(Lynn Thorndike)博士在《十三世纪的科学与思想》(Science and Thought in the Thirteenth Century)一书中为我们记录的中世纪思想相比是非常有趣的。他向我们叙述了(第30,33,38页)克鲁斯奥·萨鲁塔特(Coluccio Salutati)与佛罗伦萨的一位医生马斯特·伯纳德(Master Bernard)之间发生的一场有关医学与法学何者优越的争论。萨鲁塔特从根本上质疑医学构成一门科学,因为其“成长不仅有赖人类杰出理性的运用,也有赖于从诊治与日常试验而来的魔术般发明。”他同时指出,伯纳德否定法律是一门科学是错误的,

“因为它根据定义与划分来发展，具有毫无例外的普遍性”(参见杜威，《寻求确定性》，第27,83页)。自那以后，形势报复性地倒转。我们似乎更为熟悉尼古拉·奈克里(Nicollo Nicolli)关于这一主题的讨论。他认为医学更为优越，并论证道，法学家几乎很少能就某项法律的解释达成一致意见——简单问题复杂化以及不必要的延迟(tot capita tot sententiae)，最终结果往往是一片嘈杂、十分混乱。至少在这一点上，我们当代的思想与中世纪思想有交汇之处。萨鲁塔特根据其对占星术的研究断言道：在十月或十一月出生的婴儿，应当从事法律职业(第57页)，这对于我们法律主考官委员会而言，即使没有帮助，也是有趣的。若是将这些限定条件用来界定申请人，现在困扰我们的那些问题即能在旦夕间解决，那该多好啊。 30

还是让我们从中世纪回到当前的问题上来罢！

借用物理学的术语来讲，新现实主义的有用之处在于：坚持了“误差容限”(margin of error)、“熵的增长”(increase of entropy)以及“测不准原理”(principle of indeterminacy)，这些都限定了法官立法普适化的条件，正如其在物理法则中的地位一样(詹姆斯[Jeans]，《神秘的宇宙》[The Mysterious Universe]，第28,54,154页；爱丁顿[Eddington]，《物理世界的性质》[The Nature of the Physical World]，第73页以下；亨利·亚当斯[Henry Adams]，《民主信条的衰弱》[The Degradation of the Democratic Dogma]，第141页)。新现实主义的失误之处在于：有时出现了明显夸大测不准、熵以及误差容限的趋势，把任意或偶然的因素本身视为一种善，一种在价值上甚至超过确定性、有序性和理性一致性这些因素的善——不是在某时、某地，而是在每时、每地都比它们更有价值。强调从特定案例中提取

规范与原则并盲目遵从它们乃危险之举,但我们同时也必须提高警惕,以免被带入另一个极端,彻底丢弃一致性而面对一大堆含混的特殊性(参见科恩,“霍姆斯法官与法律的性质”[Justice Holmes and Nature of Law],《哥伦比亚法律评论》第31期,第352,364页)。有时候,原则、规则和概念必须与法律目标相适应,然而,必须记住一个真理:在要达成的目标中,确定性与秩序本身就位于最伟大、最显而易见的目标之列。当然,历史上著名的法律大师都是最勇于追求原则的人,这却并不意味着他们不敢拒绝已被证明为陈旧或不堪一击的原则。霍尔丹(Haldane)* 在自传中说,在执业生涯的早期,他就“产生了这样的信念:一种系统知识只有产生并指示了某些首要原则,它才是自足的,无论在哲学中,还是在科学中,皆如此。后来,这个理论对我非常有价值,”他说,“甚至成为我律师工作的向导。它在交互讯问(cross－examination)中没多大用处。我也一向不擅长于此,包括处理初审(nisi prius)案件。但是,在准备向最高仲裁庭(Supreme Tribunals)提出重大问题时,它却是无价之宝,在这种情况下,法官非常关注那些首要原则,期望从律师那儿获得帮助。”我想,令人置疑、蕴含危险的不是对原则的追寻,而是在这些原则的圣洁性尚未得到时代的证明之前,就急不可耐地神化它们。我们需要谨防下列观点:由于某原则被确定为一个特定问题的判决依据(ratio decidendi),故而也被作为其他问题的解决方法,无视其结果,亦无视这将自动地、无可避免地扭曲存在于其所有原初的一般性之中的诸因素。另一方面,如果我们法官的

* 霍尔丹(1856－1928),英国律师,曾任王室法律顾问,支持英国发动南非战争(1899－1902),在陆军大臣(1905－1912)任内,整编英国陆军,组建帝国总参谋部和本土防卫预备队。——译注

判决如法国法院的判决那样具体、单调无趣地进行陈述和结论，无疑将扼杀我们的法律。“从不犯错之人，”我们想起了弗雷德里克·波洛克（Frederick Pollock）* 爵士的话，“将一事无成，害怕犯错误的法官，在他那一代人中，可能赢得明智、可靠的好名声，在法律上却毫无建树。”我们不会忘记，在法律中如同通常在科学中，普适化自有其价值，它们具有多产的优点，尽管许多年后，它们可能被剪除，甚或被完全抛弃。未来的司法方法必须注意，司法创造力不应受到压缩或者阻碍，普适化也应像过去一样自由、活跃，或许应比过去更自由、更活跃。只有如此，司法方法才不会招致灭顶之灾。即便需要有所改变，那也是普适化原则（即 ratio decidendi）无限制自我再生的能力。它的繁殖力应当基于其后代品质。如同科学的假说一样，应当根据其结果来对它作出判定。对于大量发展的先例，必须有一个崭新的优生学体系。

将法律等同于法官的行动而排斥其言辞的运动，其发展不可能没有异议。亚瑟·古德哈特（Arthur L. Goodhart）教授写了一篇富有启发性的文章，提出了强有力的反对，这篇名为“判决依据”（The Ratio Decidendi）的文章初次发表在《耶鲁法律杂志》之上，现在被收录在其论文集中。莫瑞斯·科恩教授在“霍姆斯法官和法律的性质”（《哥伦比亚法律评论》第 31 期，第 352 页）一文中，也发出了反对之声。科恩教授批评了这个趋势，并认为这是行为心理学的一种反映（《哥伦比亚法律评论》第 31 期，第 364 页）。他反对将法官 32 意见里明确宣称构成判决基础的理由作为决定判决结果的次要因

---

* 波洛克爵士（1845 – 1937），英国法学家，曾创办《法学评论季刊》，并任编辑（1885 – 1919），主要著作有《契约原理》、《侵权行为法》及与他人合著的《爱德华一世时代以前的英国法律史》等。——译注

素抛在一边。我非常同意这种观点，却怀疑他归咎于对手的、那种对文字的轻视，是否比他们所提倡的要彻底。他们中的任何人都不会说宣称的理由不重要。而宁愿说，当情况足够紧急，为了遇难船只的安全，应当抛弃这些理由，尽管同过去一样，紧急性也还有一个程度的问题。你会发现，很难相信行为主义心理学将导致任何其他学说。行为主义当然不会轻视言说的意义，因为其核心信条之一便是：言说，无论阐述得多么模糊不清，都是现实思想必不可少的一个基本步骤。这个新运动的思想家们对问题的表述比其前辈更激烈一些，但提出的质疑却并不新颖。每当我们决定如何准确地在此先例与彼先例之间划出一条分界线之时，多多少少、不自觉地，就要面对它了。法院应在何种程度上将法官意见里宣称的理由视为具有强制力，在何种程度上，这种力量仅具有说服力或者仅具有忠告作用？有时候，行为主义的视角可能帮助我们找到解决这一问题的线索。我不赞同新现实主义者将秩序性、确定性与理性一致性作为可忽略的善予以轻视——如果这种极端的轻视是他们信条核心的话。另一方面，当他们坚持实现平衡和一致的优点可能要付出过高的代价；坚持法律只是追求目的的一种手段，而非目的本身；坚持法律与人们真实、现实的信念与行为保持一致，要比与法官试图解释和理性化自己的行为时所表述的言辞保持一致更重要，在这些时候，我整个儿地站在他们一边。新运动的高级牧师必会作出断言，这一声明是否使我成为一个现实主义者。对我来讲，如同对其他许多人一样，只要对基本信条口是心非的尊奉不如实际行动那样重要——这是每个真正的现实主义者必须承认的，那么分歧就不会太大。

33

三、未来的遵循先例原则——英国本土及其飘洋过海的司法过程哲学

我说过，遵循先例原则只是司法过程中的一个因素，而非整个过程。现在，该谈谈其现状的局限以及所需的新原则。首先看看它现状的局限。我想斗胆说出自己的信条，我们必须区别争论中(arguendo)运用的原则，即经常易受限制且不影响结论的原则，以及不可或缺(sine que non)的原则，即如果结论欲最终成立，就必须援引和接受的原则。当然，正如判决可能被推翻，一个不可或缺的原则在相当稀少的极端情况下也会被废除，但应以废除或修正先前公布的法律为代价。霍茨伍斯(Holdsworth)在最近一本书(《法律史中的一些教训》[Some Lessons from Legal History]，第17页)中引用了曼斯菲尔德爵士(Lord Mansfield)的话，“法律不是由特定案例、而是由这些案例所说明和解释的一般原则构成。”这一格言很容易就被推得过远。如霍茨伍斯提醒我们的，它并不意味着“法官使用的所有言辞都是法律，当然，所有的判决理由也不都是法律”。我们可以引用弗雷德里克·波洛克爵士的一篇随笔中一句锋芒毕露的话来表达同样的意思：“司法权威不属于此判决或彼判决运用的确切言辞，甚至也不属于判决依据的所有理由，而是属于作为判决之必要根据而适用的那些原则。”用我上文曾引述卢埃林的那句格言来讲：“每一个律师都知道，法院既可以将某个先前判例的内容限制在最窄小的范围内，也可以允许对其判决理由作最宽泛的阐述”(“《销售法——案例与材料》前言”，第十页)。另一方面，争论中引用的原则经常被删删减减，甚至完全遭弃之不顾，判决却仍

拥有其所有合法的意义。

在我看来,遵循先例原则占据了今日主流。我大胆地预测一下变化的趋势,尽管可能无法亲眼目睹。毫无疑问,随着岁月日增、先例愈积愈多,原则需要进行修改,使之与体现所有知识价值的更合理观念相协调。"那些人们已知的,"杜威在《经验与自然》(Experience and Nature)(第154页)中说,"已作为真理被接受的,极其重要,没有它,探究将无以为继。但是它被认为从属于具体的应用,它使发明成为可能,却受制于发明。它必须适应后者,而非相反。当事物被界定成工具,其价值与有效性将取决于它们产生了什么;结果,而非前因,提供了价值与真实性。人们拥有的真理可能在实践上或道德上具有确定性,但在逻辑上,它们永远都带有一种假说的品性。只有在下列假设下,它们才是正确的:如果某些其他事情偶然现身;这些后来发生之事暗示了更多可能性;疑问—探究—查明的过程随即运转起来"(参见克萨尔[C. J. Keyser],"奇迹的草原"[Pastures of Wonder]各处;又见克萨尔,《论法律科学研究》[On the Study of Legal Science],《耶鲁法律杂志》第38期,第431页)。

法哲学必须认可其做出的判断具有临时的品性,否则她就得承认自己无法在法律的规范与适宜、公正的规范之间建立适当的协调。为了保护善意人(well-intentioned men)的理性预期,应当减少临时性因素,避免溯及既往的变化。恰如其分的适宜与公正,作为法律的最终目的,其最显而易见的一个需求是不要阻碍人们怀有的预期,不要让他们失望于对无辜之人的压制。这种调整的需求使得,即使当实践揭示了某个现行法律规则固有的错误或不合时宜之后,仍然需要继续保存这些规则。尽管如此,也大量存在着

这样的情况：宣告一个新规则或公布一条新原则，不会使任何依据原有规则行事的人失望，或者即便有失望，也只是将其作为作奸犯科工具的那帮人。在这种情况下，我们可以毫不犹豫地，溯及既往地宣布该工具失效。

35

在我的印象里，诚心信赖且真正失望的例子，要比鼓吹稳定性与确定性的那些人通常想象得少。在这些案例和其他情况下，也许溯及既往并不合适，但我发现自己越来越相信法院应当有能力遵循魏格谟（Wigmore）先生在一本富有创见的小册子《法律诸问题》（The Problems of Law）中提出的经验——此后，它获得很多人的支持：对手边的这一案件，法院应适用过时的那条规则，却在判决中宣布，对将来才发生的事务，法院可以不受约束地适用另一原则。

让我们用本州最近发生的一系列判决来显示：对这种司法权的需求以及如何运作。不久以前，我们面临如下问题：是否应将公寓里的煤气灶归为房间的附属物（Cohen v. 1165 Fulton Corp., 251 N. Y. 24[1929]; Madfes v. Beverly Development Corp., 251 N. Y. 12 [1929]; Alf Holding Corp. v. American Stove Co., 253 N. Y. 450 [1930]）。如果确定增添这些装置的房屋业主的意识必须以过去的历史来检验，那么也许这些房主可能证明：一百多年前人们绝大多数分开居住，现代的公寓单元模式无法预知，由此，主张煤气灶纯属动产、而非房屋或土地的永久附属物就更理直气壮了。然而，这样的结论多么虚幻，适用到现代的公寓生活，简直滑稽。对此，遵循先例原则要起何作用呢？为什么到了公寓式住宅已大规模发展的1913年，上诉法院（the courtof Appeals）仍在一个深思熟虑的判例中主张煤气灶不是附属物，而在巡回法院（appellate division）

的一个判决中则承认其附属物性质，并强调：公寓生活的新条件证明了偏离古老先例的正当性（Central Union Gas Co. v. Brown, 210 N. Y. 10，推翻了 146 App. Div. 783）。这个在1913年已经考虑同一争论并发现其中不足的法院，到了1929年的现在，它会做些什么呢？它在下述情景下会做些什么呢：销售商根据附条件销售合同出售煤气灶，由于笃信煤气灶纯粹属于动产，故没有采用适当的登记销售清单的方法保护自己——倘若假设煤气灶附属于土地，36 他们采取的方法将会不同？当然，法院的多数法官相信，鉴于无辜的当事人可能信赖某个他们过去做出的判决（尽管如果这是一个新问题的话，这些法官会拒绝这样判决），那么，除了遵循先辈们已有的行为、任由遵循先例原则控制判决外，他们别无选择。我们就是这样做的，尽管存在着反对意见。但是，难道没有第三种更好的选择，比大多数法官或异议法官首肯的做法都更好？也许该判决应当得到维持，因为煤气灶销售商信赖它（尽管其现在被认为是错误的），否则对他们不公，但我们也向所有准备在将来从事类似交易的人发出警告：不要再信赖那个错误的法律判决来指导其今后的活动，这难道不是一件明智之举吗？

有人会提出反对：法院无权宣告与判决形成无关的意图来束缚后继者的手脚。如果让我来公正的评判，他们不想束缚任何人的手脚，而是在解放，在提供自由。对他们所言所语的合理解释是："我们被要求运用的规则，已偏离我们的生活。它所带来的不一致由产生现行法律之力而致。我们在本案中运用它，是因为废除它会使那些信赖其存在的人陷入困境。然而，我们提起人们注意，此后，任何人再笃信它都将自负其责。"就新交易而言，在法院再次发话之前，这一宣告的结果将使法律处于一种不确定的状态，

尽管这一不确定并非让人难以忍受，因为诉讼当事人可以放心大胆地假设，一俟时机成熟，法院就会遵循这一附带意见，使之成为一个判例。不管这一小片不确定的空白会产生什么祸害，在一个判例法体系中，都不应成为被抱怨的对象，判例法的本性决定了还存在诸多其他未决事宜呢。我不相信：少了成文法的帮助，法官 37 甚至现在也还没有采取这样做法的能力。即便没有这种能力，立法也应该授予，必要之时，还可以通过宪法修正案加强。立法应当宣布：在任何情况下，只要不影响既得的权利或利益，法院推翻其先前的判例就是正当的。西北大学的法学教授阿尔伯特·考库瑞克(Albert Kocourek)就起草了这样一个法律草案，简简单单六句话，就作了必要的授权。你可以在最近一期的《美国律师协会杂志》(American Bar Association Journal)上找到它(考库瑞克，《溯及既往的判决与遵循先例原则》[Retrospective Decision and Stare Decisis]，《美国律师协会杂志》第 17 卷，1931 年 3 月，第 180 页)。它的一些术语还需要更详尽的定义，但是结构与框架都已在那儿了。如果我们的法律汇编中增添了这样一部法律，判决中诸多藉口、矫饰以及过于频繁出现的肤浅而虚晃一枪的区分——这种区分是人们为获得公正结果并保留形式上一致而作出的令人称许的努力——都会从法律中永远消失。遵循先例原则将由此保留它的价值以及稳定的优点，屏除其一成不变的气质。

近年来，新现实主义及其他学者撰写了大量文章，似乎欲打破所有传统，并预言影响深远的变迁。因此，在评价他们的成果时，很容易被形式和言辞所误导。当今法律思想的创新主要在于直面法律的过程。许多以往未获公开承认的以及藏匿于表面之下的东西现在被公开、被承认了。很久以前，当陈旧的规则与现实需要相

冲突时，法律工作者们就能感到想修理它们的冲动。与今相比，不同之处在于，他们即便产生了冲动，也更多地习惯于掩饰他们的行为，甚至自欺欺人地掩饰创新，并真心实意地宣称规则与以前的完全一样。“在我们的普通法体系之下，”托克维尔说，“法律受到尊敬，与其说因为它们合理，毋宁说因为它们古老，如果需要改变它们的任何一个方面、使之适应因时间产生的社会变化，人们必须求 38 助于最匪夷所思的精明，以维护传统的结构，并坚持不做任何违背前一代法官意图以及破坏其劳动成果的事情。”

当时与今天一样，自由研究的方法即使藏身于正统一致性的羽翼之中，也没能逃脱鞭挞。在“论《英国法释义》”一文中，边沁愤怒地指责布莱克斯通鼓吹法官在解释成文法时具有偏离文字的权利。“他教那些法官们最狡猾的方法：用篡夺来的至高权威支持自己，并向他们示范：如何用欺骗手腕掩盖对法律的违抗，以逃避指责。”为了支持这一控告，他引用了《释义》中的一段话：“当某些一般性文字产生的附带结果，”解释者说道，“碰巧不十分合理，法官可以由此体面地得出结论，该结果出乎国会的预料，故他们被允许根据衡平法来解释成文法，不过，也只有在这一点上才能忽略它。”对此，边沁发动了狂轰乱炸式的攻击。“总而言之，因为体面、而非因为事实如此，来推断说立法者没有预见到某些事情，”他说道，“胜于开诚布公地反对他们，这被认为非常便利，挑挑拣拣，选择在这一点上服从、在那一点上不服从，宣布此有效、宣布彼无效，这些就是作者给你们法官提出的建议，这些就是他有关什么是‘体面’的观点，在我看来，如果我要教人们忽略那个规范他们、包罗万象(quoad)的法律，我可不去谈什么体面。”

一又三分之一个世纪以前，他们就这么互相猛烈抨击对方。

实际上，当时的这种抱怨早已算不得新鲜。如果边沁穿越海峡，去研究法国的法律史，将发现为其储备的弹药库。他会对 1579 年颁布的王室律令：《布洛瓦法令》(Ordonnance de Blois)的始作俑者有惺惺相惜之感。《布洛瓦法令》命令所有人——无论世俗还是神职的法官、治安官和政府官员——服从成文法，无论在判决中，还是在其他方面都必须服从，不能以任何理由或任何藉口——无论是基于公平还是以其他任何方式，对抗它们、废除它们，律令还附带了一项宣告：与此指令的形式和内容相抵触的所有判决、裁决和律令都是无效的、没有意义的和没有用处的(马蒂[Marty]，《事实与权利之分》[La Distinction du fait et du droit]，第 42 页)。1667 年法令再次强调了这一禁令："在我们国会法院(courts of parliament)或其他类型法院悬而未决的诉讼中，如果运用成文法、敕令、宣告或专利特许状的任何条款具有疑义或困难，我们禁止法官试图去解释它们，我们认为，在这种情形下，法官应当回到我们这儿来，查明我们的意图是什么，我们会因此宣布些什么"(马蒂，同上，第 52 页；参见第 61，70 页)。 39

人们似乎从中聆听到预示着对抗与敌对的隆隆之声，回响至今。本世纪初以来，一种变化开始了，这种变化趋向于承认更大的发展自由，然而，这种变化并非没有反对者，只是程度大小而已。这场争论与古罗马时期萨宾尼安(Sabinians)与普罗克利安(Proculians)之间的世仇一样古老。即便如此，新的关注却足以唤醒一种崭新的生活，输送一种崭新的动力。我们比以往都更需要一种法律的辩护理论。我们必需一套哲学体系，用以证明哪些举动是正当的、理性的，其他举动则是非法的，使我们摆脱篡夺、不尊重最高权威的责难。

我说过，对司法方法理论的兴趣正与日俱增。最近一些令人印象深刻的研究表明，海的那一边，在一个与我们不同的法律制度中接受培训的律师与法官中间，一种类似兴趣正发展起来。在普天之下的许多地方都能发现这一变化的标记。英格兰的这种趋势可能不如其他地方那样明显。然而，在最近一期的《法律评论季刊》(Law Quarterly Review)上，你可以看到波洛克爵士发表的一篇令人愉悦的小文章，它有一个让人浮想联翩的标题："司法的英勇与谨慎(Judicial Caution and Valour)"。他追问道：当法律未作任何规定、法院被迫去寻求一个可适用于手边案子的规则，在此建设性过程中，什么能指导法院呢？"一般可接受的答案是，法院必须发现和适用一个在所有情况下都似乎是最理智的规则，我不知道(他说到)对此有什么看起来可行的改进措施。"如果这就是他的答案，40 我只能表示遗憾，这不过是把问题再次陈述一遍罢了。有幸的是，在温和拒绝了那些似是而非的改进措施的同时，他还透彻地分析了适用于不同环境、合理且适当的方法。"司法解释问题，"他告诉我们，"就是要在过度英勇与过度谨慎之间走一条合理的中间路线。"紧接着，他给出了一些巧妙的暗示，帮助我们在无畏的勇武与"沉闷的胆怯"之间进行选择。罗伯森(Robson)博士，他既是英国的一名出庭律师又是伦敦经济与政治学院的法学讲师，最近撰写了《公正与行政法》(Justice and Administrative Law)一书，你会从中发现，司法的思维与态度正深受一个深入剖析过程的影响，这标识着对司法方法的兴趣正不断扩展。

因而即便在英格兰，这种新精神也正凸显出来，尽管不太坚定，却日益发挥作用。更引人注目的却是，同样的精神也在欧洲大陆国家上兴起，在那儿，司法的功能在更大程度上为立法的框架、

法典的枷锁所束缚。我仅挑选众多例子中的一个就足矣。波兰共和国 1928 年公布了一部新民法典草案(或者是法典的一部分),同时还包括一份关于指导起草工作之诸原则的说明。你可以发现,法官由此从障碍与限制中被解放出来,被允许向成文法之外的诸多因素求助:现实生活、道德或商业的规范、经济或社会福利的规范,这标志着一条贴近公正与法官造法体系的道路。"成文法的规则,"法典草案指出,"是行为规范的渊源,它们规定个人的义务,以致能客观地实现成文法所确立的社会与经济目标"。"解释成文法,涉及到当代的社会、经济关系时,必须依据其术语在当代的涵义,遵循其宗旨时,必须考虑现行整个法律体系的做法。""在不可能探寻到成文法之精确涵义,或者在成文法的规定完全空白的情况下,必须根据波兰司法秩序的基本原则来决定问题,必须看到,没有人应该成为某个错误行为的牺牲品,却无任何回报。""如果产生某项法律的环境完全消失,或者如果新法的目的与旧法的目的相冲突,那么所有这些旧法都应被废除,即使它们与新法的字面意义可以相调和。"

41

李斯库维斯基(Lyskowski)教授的评论和草案文本一样有趣,可惜时间有限,我只能不完整地摘录如下。"法律秩序与法哲学都须有一个客观的基础,"他说,"我已将此作为课题的指导性观念。""采纳此客观基础的法官,会将某个法律关系的社会与经济目标作为讨论的起点。""我认为,对法官而言,正确评价当事人之间法律关系的经济与社会目标,这一职责要比某部法律所宣告的特定规则具有更确切的指导意义。""当然,"他补充道,"人们必须中庸行事。伟大的改革除非适度,否则无法成功。但是我相信,我们期望将大量的解释权授予法官是正确的,即使这些权力还不如英美法

官掌握的那么大。"你可以在南锡大学雷纳德(G. Renard)教授所著的《法律的价值》(La Valeur de la Loi)一书中,找到类似的学说(参见罗伯特·弗瑞茨(Robert Fritz)博士著,《美国人的法律生活》(Aus dem Amerikanischen Rechtsleben),柏林,1930)。尽管他们声称落后于我们,但我怀疑,也许他们赋予自己的解释自由已经超出了盎格鲁-美利坚的同行。实际上,已有人预言:若不控制这一运动,即有没顶之灾。里昂大学的拉蒙伯特(Lambert)教授在其名著《法官的政府》(The Government of Judges)中,以美国发生的事情为例,向同胞提出了警告。尽管其极尽批评之能事,也未能遏制这一汹涌的潮流。他还是去看好自己的堤坝吧,否则洪水就要漫过成文法开拓的广大领域了。

最近,司法过程受到了大量的批评,我绝不想抱怨,亦不想否定其中一些有合理之处。另一方面,对行业的忠诚感促使我坚持:42 法官往往是他人的替罪羊,其承受的非难要比应得的多。威利斯顿(Williston)教授在弗吉尼亚大学怀特基金会上所作的富有启发性的系列演讲:"当代法律的某些趋势"(Some Modern Tendencies in the Law)中提出(第24页):"厌恶法律以及对其公正性的不信任,许多诸如此类的通行观念可能都源于对特定事例结果的观察与不满。"好,特定事例的结果几乎总是由法官一手造成,故非难也总落到他们身上,尽管这一结果是某条规则的必然发展,而后者是人民代表甚至人民本身自上而下加诸法官的。似乎存在着这样一种通行观念:宪法或法律永远不可能是粗糙或机械的,如果在任何特定的案件中它们显得如此的话,那么一定是因为运用或解释它们的法官。的确,民众非常情愿用宪法修正案去羁束立法机关中代表的行为,同样,当法院认为宪法修正案阻碍了在特定情境中是方便

或合意的某些结果时，这些民众也会带着一种非常焦躁的心理来对待法院的行为。当然，事实上，一部法律或宪法产生的结果，可能会与在司法过程发展中法院的盲目行为所导致的结果一样粗糙和机械。考虑一下规范行使技工留置权(mechanical lien)的法律罢。留置人必须提交一份通知书，陈述列明细节；必须有一份有关财产的说明书，一份有关工作性质的报告书等等。一个诚实的技工提交的通知书可能与法定的要求不符。当法院否定这一留置权，必定会招来悲愤难平的哀号与咬牙切齿的痛恨。人们自然会指责残忍的法官。即使立法更易于适应(即使不是更好)正义与便利，但我们从未听说过，人们指责残酷的立法机关制定了一条严酷的法令。因此，宪法修正案也是如此。地方自治(home-rule)条款在宪法中大肆吹起了胜利法螺。如公断(arbitration)及其他类似的口号一样，地方自治是一个吸引公众注意力的标语。一千个人听到这些富有感染力的话语都会大呼“和撒那”，但是几乎没有一个人认真思考过这个如此轻而易举就获支持的政策会有些什么样的结果。立法机关通过了一部侵犯某市专有权力的法律，或者该市通过了一部侵犯立法机关保留之权力的地方法律。但几乎没有人去关心合法的权力领域是否已遭到侵犯。人们询问的惟一问题与此毫无关系：那个特别措施的本身是好还是坏？如果是好，灾难就会降临到废除它的那些法官头上，如果是坏，且他们维持了它，灾难同样会来。拿《廉租公寓法》(Tenement House Law)的修正案来讲，最近它们在纽约被指责为违反了授予地方政府某些专属自治权的宪法条款(Adler v. Deegan, 251 N. Y. 467)。新闻舆论、市民以及公共团体对我们判决的评论让人以为我们考虑的惟一问题就是：那个被指责为无效的新法律，在实际运用中是否对旧法有所改

43

进。几乎没有人费神地考虑一下，那个令我们大伤脑筋的问题，即制定法律的权力，无论其效果是好还是坏。这般目光短浅致使法官经常因为那些实际上由他人造成的错误而受到责难。然而，毁誉颠倒也不一定让人痛苦不堪。有时候，尽管不是经常，人们也会用应属于其他人的祝福来颂扬他们。无论在什么样的情况下，聪明的法官，即便不是漠不关心或不屑一顾，也会试图心平气和地对待这些责难，就像对待赞誉一样。他知道自己不过是一个运动趋势中的一员，此运动巨大深邃，水面上的这些小小漩涡绝不能撼动它。

总之，难道还有一种像我们这样的职业吗？我们声称自己在实践法律、在教授它和确定它，但是我们中间没有一个人能说明法律意味着什么。一旦讨论它的涵义，探讨一下它如何起源，从何而来，我们又是用什么构造它，在正式的讨论开始之前，喧闹的争论者们就急不可耐地想脱口而出了。在争论的最后，你却能看到他们心平气和地忙于制造完美的产品——由什么生产，他们说不上来，遵循什么程式，他们也无法说明，因而，他们无力对其职业的基本涵义达成一致竟具有喜剧般的色彩。

司法过程中有多少成分属于推理，有多少成分属于纯粹的感情，司法方法的研究者无法达成一致。这足以令人不安，但更令人不安的是，我们会发现：无论法学家还是哲学家都无法解释推理的理性，无法使这一过程站得住脚，无法证明我们忠实于它的合理性。在我年轻的时候，情况还没这么绝望。我们得到的教导宽慰我们：回溯到黑暗的中世纪，那时的思想者是经院哲学家，他们并不知道推理是发现真理的一种工具；而是极其愚蠢地将无数个白昼与黑夜浪费在编织精神之网，争论那些从他们永远也不会试图

去证实的前提演绎而来的结论。这个令人宽慰的故事让我们放心,然而,十六世纪,弗朗西斯·培根出现了,教导人们推翻了上述过程,告诉人们从个别开始,再上升到一般,而不是从应该结束的地方开始,这一学说的最终结果是形成了归纳法,于是,我们变得聪明和幸福起来。

然而,麻烦的是我们没有停留于此。哲学家们又出现了,他们取笑归纳法,就如取笑那个被归纳法所取代的方法一样。他们说,归纳法所做的,不过是把许许多多的例子收集到一块儿,然后匆匆得出结论:由于 A、B、C 和 D 以某种方式行动,因而所有同类的其他人或事物都将以同一种方式行动,这种试图去证明的东西,也不过是一种假定,正如经院哲学家的前提一样。归纳过程与古老的演绎过程被结合到了一起,即由这些例子上升到普遍,然后再将它们分离为特殊,这一组合使得各种各样崭新的事实、崭新的一致性以及崭新假说的素材都显现出来,在颠倒这一归纳过程、对普遍性进行再分配之前,人们永远不会想到这些。

如今我们看到,伯兰特·罗素这样谈起被捧上天的归纳法:"在知性上,归纳法如同中世纪纯粹的演绎法一样,是站不住脚的"(伯兰特·罗素,"科学"[Science],载《人类去向何方》[Whither Mankind],第 65 页;参见凯爱斯,"法与人类学",载《人类的形成》[The Making of Man],第 331 页;伯兰特·罗素,《哲学》[Philosophy]第十一章,伯兰特·罗素,"掷铜板解决问题,偶然性学说"[Heads or Trails, The Doctrine of Chance],载《亚特兰大月刊》[Atlantic Monthly],1930 年 8 月号,第 167 页),怀特海博士用同样的口气告诉我们,"归纳法理论是哲学上的伤心事——尽管我们所有的行为都建立在它之上"(怀特海,《科学和现代世界》[Science and the

45

Modern World],第 34 页);来自另一地区的声音也提醒我们,这两种方法的不同仅仅是程度上的,在发现新的真理时——与对原有真理的揭示不同——它们中的任何一个都没有特别的优势(参见科恩,《理性与自然》,第 119 页,阿尔夫·罗斯[Alf Ross],《法律渊源的理论问题》[Theorie der Rechtsquellen], 第 198 页。)

我不知道最终的结局会怎样。但我知道,这是一个令人振奋的时代,在这个令人振奋的时代里,我将尽自己绵薄之力,把那些悸动着、喧嚣着渴望得到表达的社会和经济力量引入法律。像其他任何动荡不安的时代一样,它带着犹豫不决的痛楚,带着摇摆不定与失意彷徨。"我们内心最隐秘的愿望,"克罗齐(Benedetto Croce)* 在谈到历史的书写者时说,"就是使事物保留其原貌,我们不会考虑,如果这样做的话,将没有历史可书写,或者至少不存在我们所习惯书写的那一种历史"(克罗齐,《意大利史》[A History of Italy])。法官,如果他们反躬自问的话,也不得不承认这一点。沉思冥想之时,他们向往昔日美好时光,那时,生活简单,社会学家还不存在。他们经常忘记了,如果这样的时代没有被打破的话,他们职业很大一部分(也许是最大一部分)的意义与权力都将被剥夺。前几天,我随手翻开培根的一本书,那是一本其他人不常读的书,《亨利七世本纪》(Henry VII)。我在该书前言中读到:"时间就像道路,有些崎岖不平,有些却平整如镜。"平静如水的时代,他补充道,适合于人们生活,但是其他时代,则适合于作家写作。

这句关于作家的至理名言,对法官也是一样。我们现在必须

* 克罗齐(1866 – 1952),意大利哲学家、史学家和文艺批评家、新黑格尔主义者,意大利自由党领袖,创立"精神哲学"体系,强调精神是惟一的实在,主要著作有《精神哲学》。——译注

走的"路"并非平整如镜(如果它们曾经真的平整过的话)。它们崎岖不平,插着许多错误的路标,有些路标甚至已经倒下。即便如此,这本身就有一种冒险的乐趣,对人类的福祉也许并非全然没有 46 意义。如果我没有完全迷失道路,如果我的双脚没有陷入混乱先例的沼泽,在很大程度上,应归功于我对司法过程的研究所建起的路标、警示、栅栏与桥梁。

61

马修·阿诺德*思想中的道德因素

* 马修·阿诺德(1822－1888)，英国维多利亚时代的诗人和评论家，主要著作有抒情诗集《多佛滩》、叙事诗《邵莱布和罗斯托》及论著《文化与无政府状态》。——译注

我想人们会发现一个事实：每一位大师的作品都有迭句、主旋律以及不断重现的音符，打上了作者个性的烙印，以一个统一的原则贯穿其中。任何人的作品都必将在很大程度上带有他自己的精神；他的观察越明确、越诚挚，他洞悉的真理就越可能成为他的负累，迫使他表达出来，它们越多控制他的作品，他的作品也就更清晰地反映出他的精神成果。因此对我来讲，至少在大多数情况下，作者不断复述其思想的倾向并非因为才思枯竭，而是力量的标志。它表现了他对真理诚挚的信念，它显示了这些作品表达了已成为他灵魂一部分的思想；毕竟只有这样的思想才能在我们中间存在、成长和流行；我们才能由此来评判他，即便没有过多的激赏，至少也会产生更深切的同情。实际上，只有极少数人才能真正拥有两个或两个以上的思想：其他富有盛名的思想仅仅是这些他们毕生拥有的核心思想的派生物；我们完全不应该拒绝接受那些向我们真实袒露思想的人，忽视他们所有的作品，歪曲他们所有的概念，使他们屈从于真与美准确无误的检验。马修·阿诺德赢得敬慕者尊敬的优点很多，其中之一就是拥有这份直率。他的声音优雅、清晰、通常还有些伤感，却一贯公允而平静，这是掌握了少数至关重要真理之人的声音，他坚定不移地支持它们，在生命的每一步都在倡导、传播和应用它们。这不可避免地激励他拥有一种真挚、弥足珍贵的道德感，在我看来，它使阿诺德成为最富创见、最鼓舞人心、最能发人深省的作家之一；这些品质与一种非凡的风格结合在一起，造就了一代大师。 62

阿诺德先生的作品最引人注目的特点是它们具有浓烈的道德色彩。他主张人类需要精神上的虔诚和正义，给人留下了深刻的印象，诚如柏拉图所言，欠缺这种精神，国将不国。他首先是一

个伦理学家，其注重品行的观点——他说，行为占据了人类生活的四分之三时间——甚至还体现在他有关诗与散文的评论中。我想，在他那本朴实无华又发人深省的评论集《诗学研究》（Study of Poetry）中，发现和《文学与信条》（Literature and Dogma）这样的作品一样，占据核心的是崇高道德观，将是一件趣事。"将高尚和深邃的思想应用于生活之中，"他说道，"是诗之伟大的最基本要素。"诗是"对生活的一种批判，一种根据诗之真与美规则所确定的条件而作出的批判，"诗对我们具有重要价值，因为"当时光流逝，其他的支柱都倒下了，人类的精神仍可以在诗中寻求慰藉和支持。"在对最伟大诗人们的生活进一步的研究中，他从中洞悉了一种高度坚持真理和严谨的因素，他将其视为艺术的最高成就和天才最稳妥的确证方法。

现在，关于诗学的这一整套观念包括其对生活道德成份的强调，已经只是伦理学家的观念。或许它没能展现何谓诗学的全部真理，却显然提出了一部分真理并且是非常重要的一部分。我们当然知道，它如何激起斯温博恩（Swinburne）先生*的非难；但是我斗胆地认为，斯温博恩先生的回应更不完善也更少启发。如果我理解正确的话，对斯温博恩先生而言，诗必须首先是和谐和充满想象力的。"缺乏这些品质的地方，"他写道，"不可能有真正的诗；具备了最高水平的这些品质，即便没有其他任何伟大品质的补充与支持（不管这些其他品质是什么）——伦理学家和评论家们对此很敏感——只有这些，也构成了最完美的诗。"

63

---

* 斯温博恩（1837－1909），英国诗人，文学评论家，主张无神论，同情意大利独立运动和法国革命，作品有诗剧《阿塔兰忒在卡吕冬》，长诗《日出前的歌》，评论《论莎士比亚》和《论雨果》等。——译注

现今，想象力已成为所有诗创作中的一个重要因素，没有哪个从事诗学研究的学者会否定这一点，我想，阿诺德先生最不可能否定这一点。他曾经说过，才智为散文写作奠定了与众不同的基础，天才与想象力则为诗歌奠定了与众不同的基础。实际上，想象力是被阿诺德先生称为具化（concreteness）的不可估量优点所必需的。它是“根据诗之真与美的规则对生活进行批判的必备条件”之一；这是阿诺德先生定义中的句子，我想，斯温博恩先生对此没有给予足够的重视。但是，若将想象力作为全部的充分条件，在我看来，这就只强调了诗之精髓的一个方面。纯粹的想象是大脑的一种运动，一种狂欢，甚至一种疯癫，它为我们带来了梦想、幻影和错觉，但绝非诗。除非对生活的批判将意义、理智与一致赋予想象力的运作，调试它、驯服它，我们才有了真正的诗歌创作。同理，只有在一个合理的限度之内，斯温博恩的第二个原则——和谐原则的重要性才可能是毋庸置疑的；尽管对大多数人而言，斯温博恩先生对这一品质的强调似乎过于抬升美感，却贬损了情感和智力。很明显，这一概念将诗歌限定为韵文；如此做法将建立起一个纯粹形式的而非有机的评判标准。简言之，斯温博恩先生的定义加上我引述的那些话，几乎无异于表明：音律重于感知，想象重于理性，形式重于内容。如果《切斯特纳德》（Chastelard）和《回旋诗体的世纪》（Century of Roundel）的作者强调想象力与音乐的重要性，那一点儿不让人奇怪；然而匪夷所思的是，他在声称自己热爱这些品质的同时，公然将所有其他品质排除在外。因而，我想再强调一遍，在上述两个定义中，我想斯温博恩先生的那个似乎更片面，当我们谈起阿诺德的定义——诗是根据诗之真与美规则所确定的条件而对生活的一种　64

批判——不会忘记想象力是这些条件中最主要的因素之一，当我们如是说，我想我们已相当圆满地表达了诗到底是什么，毫无疑问，每个人都可以丰富这一概念以适合自己的需要，但只有保持其应用的宽广范围，才可能使其更为精确。

我说过，阿诺德先生是个杰出的伦理学家，追溯他的道德理论将是一件有趣的事情。研究他的作品，可能是对盛行一时的边沁、穆勒与斯宾塞的享乐主义及其对手直觉主义的最佳解毒剂。阿诺德是一个追求“完善”的哲学家，我想，他认为与自己同盟的是古代的柏拉图和现代的莱布尼茨。所谓的“完善”就是人类全面而自由的发展，如果我正确理解他的话，这就是阿诺德眼中的至善。“文明，”他告诉我们，“仅仅是社会之人的人性化(humanization)”，人类只有按照“其真实的愿望与动力”生活时，才能人性化。因此，为了获得全面而自由的发展，我们必须了解人类生活的组成因素，阿诺德的相应分析从人的本性开始。“在人类文明进程中，”他说，“最首要的因素要数扩张（expansion）的本能，因为它是人类竭尽全力自我开化预设的基础。总体文明的前提是这一本能与人性密不可分，满足它，而非压制它。以此为出发点，我们能在此基础上迅速推导出那些建立人类文明的力量。它们是品行的力量、智力与学识的力量、审美的力量和社会生活与习俗的力量。扩张、品行、科学、审美、习俗——这些都是文明的条件，是人类在开化之前必须满足的要求。”

依据上述分类，阿诺德对人类的所有美德和所有欲望进行了划分。这些分类对阿诺德哲学所具有的重要意义，如同亚里士多德式分类对推理法或者康德式分类对完全理性的批评（kritik der Reinen Vernunft）的意义一样。在人类本性的这些基本力量中，

如果有一种未得到充分发展——审美本能受到阻碍，求知愿望遭 65
到挫伤，或者品行的力量未充分发挥，人性也会相应、成比例地受到影响和萎缩。阿诺德在《杂辑》（Mixed Essays）一书的前言中说道："本书所历数的，在实质上都是文明的必要条件，所有这些都不可缺少，它们必须无一例外地得到发展，一种条件的发展不能弥补其他条件的缺失，一个民族可能因欠缺某方面而饱受痛苦，另一个民族则可能在其他方面有所欠缺，本书收录的文章描绘并遵循了这一思想线索。"回首世界历史，审视孕育当今文明的多种势力的演义，他揭示了在范围和影响上都出类拔萃的两种势力：希腊文化和希伯莱文化，即审美与智识的力量和优良品行的力量——今天这些势力仍生机勃勃、充满活力，它们之间的对称统一意味着世界秩序的建立。

阿诺德似乎从未对这种力量分类的正确性——至少是它的重要性产生过丝毫怀疑。沿着这一思路，他把分析推到了极致，将主要的分类运用于原本看起来毫不搭界的思想领域。君主制与民主制孰优孰劣？他的回答是必须选择民主，因为它满足了扩张的本能。平等与不平等哪个更有价值？他的回答是必须谴责不平等，因为它曲解了社会生活与习俗的通行理想。至于那个文学和科学谁更重要的老问题？他的回答是文学永远不会丧失地位，因为它们满足了人类永恒的一种需求，即审美的需求。正是这种对理想人性持续不断的描绘，这种总是根据事物是否促进人类至善至美的趋势来检验它们的坚持，使得阿诺德有关文学与艺术的思索具备了一种崇高的道德风格。他所胜赞的文化——实现它是教育的终极目的，对他而言，实质是一个伦理目标。"文化，"他写道，"就是追求我们希望中的至善至美，在所有与我们密切相关

的事物中，追求其中众所周知为世上最好的东西，在此转承点上，一股新鲜、自由的思想活水冲向我们平庸的观念和习惯——那是我们现在坚定却机械遵循的，且徒劳地假想：坚定遵循它们带来的好处或许能弥补（盲目）遵循带来的损害。”

读书愈多，我愈感到几乎没有任何东西能像文学这样民主化。对文学史的研究者而言，新的亲属关系不断地展示：思想与精神的系谱关系遵循的是截然不同于血亲系谱关系的道路。我们尚没有认识到一个真理：后一种亲属关系往往没有多少意义，而前一种亲属关系不是被贬低就是被过于夸大。阿诺德和济慈，一个学者之子，一个马倌之子，却同样热爱美，同样尊崇真，也许将他们视为同一个家族更为合理。自济慈宣布美的真理是行为的目标以来，很少有人像阿诺德这样，从事物的美丽中发现伦理的意义。他从未寻求一套理论，也从未形成一个学说，但他却看到了品行原则的根源——对他来说显而易见。他对事物的看法或许是片面的，然而，在审视事物的那一面时，他射出的强烈光芒却昭示了人所未知的美与意义。

毫无疑问，那个似乎遍及所有区别于纯粹直觉的道德体系的通病，阿诺德方法也在所难免。它也未能合理解释义务的基础；或者用哲学语言来讲，它没有建立起“已存”的道德义务和“应然”的道德义务之间的一致关系。这也许是任何科学的道德理论的一种器质性通病；任何一种经验主义理论都不能幸免。但是，对阿诺德的体系还需要多说几句。至少它建立在一种对人的本性的分析之上。它仅仅想去发展那些潜在的东西。因为对所有人（除了悲观主义者）来说，萎缩绝不是生命的规律，也因为权力的存在就意味着行使权力的责任，故与绝大多数思想家相比，阿

诺德更接近填平权利为什么存在以及存在的权利是什么这两种知识之间的鸿沟。他的理论无可争议地存在着缺憾。最重要的问题仍然没有解决，甚至尚未触及：但至少他的工作充满了启示。 67
“哲学流派，”他说道，“起起落落：他们的信徒会不可避免地减少；没有一个大师能长久地说服大批门徒，让他们对世界的解释同他几乎完全一样：只有年轻气盛、满腔热情之人才会确信他们完全拥有柏拉图、斯宾诺莎或者黑格尔的整体思想。成熟、冷静之人甚至不相信，这些哲学家自己真正拥有了它——不但足以将它完全运用于工作，而且还让我们完全明白他们眼中的世界。一个杰出的哲学家实际能为人类思想所做的，是将一些引人注目的新想法和新观念投入流通，用它们来激励现代人或未来人的思想和想象力。”

根据这一标准，阿诺德毋需害怕后人对他的评判。很少有学者传播的引人注目的新想法与新观念比他还多——它们已成为现时词汇的组成部分。

他的确没有形成一个明确的哲学体系，实际上，他经常拒绝任何完整、连贯的哲学名头。正如他的一位批评者所言，他承认自己曾经“在哲学中徒劳地寻求一致的、相互依赖的、从属的以及派生的原则”。但这些哲学体系发展缓慢。它们的根系往往需要回溯到诗人、作曲家和梦想家那里，思想流派对它们形而上的精妙之处没有太多直接的影响。大多数读者会发现《圣经》是一部比学院派的争论更杰出的作品；与那些更严谨、更连贯一致的思想家相比，许多人会从阿诺德那里得到更明确的指引。

从表面上来看，我理解的阿诺德先生的伦理理论与斯宾塞先生的著名理论具有一定相似性；但是我想，这种相似性也仅仅是

表面上的。斯宾塞先生的哲学建立在下列原则之上：正常的发展带来快乐，异常的发展带来痛苦，这实质是将完善（perfection）与快乐（pleasure）等同。整个道德史却是这一理论不适当性的68 最好证明。毫无疑问，在很多情形下，人们明明意识到自己行为的反常之处，却从此反常的行径中获得了最强烈的享受——斯宾塞先生似乎将正常发展带来快乐以及它将带来最大或惟一的那种快乐这两个命题混淆了。难题在于将快乐视为理性品行的根源，然而前者在本质上是主观、多变的，后者在本质上却是客观、恒定的。最终，斯宾塞先生的理论变成了纯粹的享乐主义。

阿诺德先生关于伦理的观点却非常独特。他的理想与斯宾塞先生的理想一样崇高，即正常的发展；然而他并未提及快乐或者痛苦，他们可以被观察出来。他仅仅从这一命题出发：才能的发展是人类的义务，既要避免萎缩（atrophy），也要防止过度增大（hypertrophy）。他没有证明此命题，而仅仅假定了它，将它视为理所当然，并将它作为出发点；假定它之后，他认为它的约束力与尊奉它所带来的快乐或痛苦的程度没有关系。我认为，他的基本命题与保罗·简尼特（M. Paul Janett）的《道德理论》（Theory of Morals）所假定的命题——每个人都应该达到其本性所能及的至善至美——在实质上是一致的。根据这一命题，由此出发，道德家的任务仅仅是探索正常发展必须遵循的路线，阿诺德先生选定了五种分类，这一点前文已经谈及。

作为批评家的阿诺德先生可能最负盛名；不过，如同他的文化一样，他的批评也具有伦理的倾向。了解那些众所周知为世上最好的东西，作为扩展我们所有力量的工具——这是文化的功能；而批评的任务首先在其中区分、辨别、去粗存精。既然批评

是文化的一种工具，文化是达致完善的一种工具，故批评家也应当列入探索幸福与世界秩序的思想家行列。

正是对批评家作用持这样一种观念，阿诺德致力于人与物的审视。他辛苦耕耘，硕果累累，所有文学爱好者都能如数家珍。对我而言，由于阿诺德的写与说，对希腊、希腊艺术与文学以及希腊人生活与行为方式的研究，被赋予了一种新的诗意，一种新的光荣。他剥除了通行观念加在研究之上、漂亮却毫无益处的性质；他展示了对美的需求与热爱根植于人类的真实本性中；他清晰地呈现了希腊人的精神力量，他们对文学与艺术的理想至今仍引导着世人。“西西里的谷仓，”洛威尔（Lowell）先生用动人的手法描述道：“已空空如也，四面八方蜂拥而至的蜜蜂仍在斯奥克里托斯（Theocritus）的小花园中采集蜂蜜。”阿诺德也感触到这一事实。他看到并认为，人性论比无用的社会契约论更有解释力；无论实证主义与纯粹追求物质进步的信徒宣告什么，精神的价值将永远存在，即便时光流逝也无法磨灭。

他从古老的希腊理想——“为了崇高理想建构的普遍结果、严谨地组合合理细节”（fit details strictly combined in view of a large general result nobly conceived）中找到了最坚实的盾牌，以抵制大众嗜好的反复无常，抵制对华而不实、新奇事物的热衷。一个有价值的艺术作品是一套有机的组合，而非一个警句大杂烩，这是他奋斗的原则；他用希腊的诗与戏剧来证明它。对希腊人而言，诗学是一门严肃的艺术。他对诗的神秘性有所了解，而诗学召唤他保持某种节制；某种道德戒律禁止他虚掷激发于心的思想或者以任何与其神圣职业不相符合的方式处理他的主题。不应为了修饰而修饰，也不应屈从于个人的奇思怪想与心血来潮；这是一个

严肃、坚毅、不带感情色彩、朝着摆在他面前的理想奋进的过程！阿诺德带着强烈的道德意识，感受着品行的重要性——它塑造、影响了他倾心投入的每一主题，热情地紧紧追随这一古老的希腊思想；他将诗视为对生活的一种批判，试图使之摆脱反复无常，变得严肃、坚毅、不带感情色彩，严守规则，变得如生活本身一样人性化。

他用一种雅致、活泼的方式教授所有这些东西，不仅具有说 70 服力，而且令人感到愉悦。忽视阿诺德风格的力量真是可能错误估量他的天赋。“与所有其他品质相比，”马特利（Motley）先生说道，“风格似乎最能不朽于世。”没有比这更好的形容了，也没有比这对风格之效果的描述更恰如其分的了。人们对事物外在形式的关注远远多于他们所认为的。我们所谓的高尚思想，实际上，大多数观点都非常平淡无奇，老生常谈而已。是风格的活力带给它们崇高与感染力，让如人类本身一样古老的观点披上新奇的外衣。至今，还没有一种风格比阿诺德的更合理、更妥当、甚至更平实。他斟字酌句，有时候，人们几乎能从中听到从平衡状态灵活转折时发出的被压抑了的兴奋铃声。如亨利·詹姆斯（Henry James）先生所观察的，他有个不断重述的习惯，几近怪癖；他使用了一种令人惊奇的方式：强调一个句子的结束语，并把它们作为下一句子的开头，我只能将它与逻辑上所谓的复合三段论连锁推理（sorites）相提并论。他说，规则、一致、精确、平衡是一篇好评论的基本要件；他自己的评论就出色地拥有所有这些东西。他讥讽却聪慧的敏锐在众多争论中屡试不爽；但是，它们的锋芒如此精妙与隐秘，以致它们的作者从未失却温和与平静。简而言之，如詹姆斯先生愉快发现的那样，阿诺德拥有一种

让文学爱好者百读不厌的风格——他们一读再读。至少从我自己的角度来看，詹姆斯先生所言极是。对阿诺德，我也是一读再读，百读不厌。实际上，我如此崇敬他，以致感到有堕人“个人偏好”其价值的危险，那是他提醒批评家要谨防的。的确，这是一种“不朽的风格，”一种令其触及的任何主题都得以提升、改变、激发以及理想化的风格，一种既鼓舞人心、值得珍惜又明白易懂、稀有罕见的风格。

“艺术家的作品最打动人心之处是他那种与身俱来的天赋。任何人都会赞同汤姆逊（Thompson）先生在《小说的哲学》(Philosophy of Fiction）中引用莫泊桑（Maupassant）的那些话：‘无论一个人想表达什么事，只有一个名词能称呼它，只有一个动词能赋予它生命，只有一个形容词能描绘它。你要做的就是寻找那个名词，那个动词以及那个形容词，直到发现它们为止。’”

71

但是，阿诺德的评论不仅干净、沉着、凝炼、完美，也时常具有直击读者灵魂的雄辩。在《论爱默生》的结尾，寥寥数语，字字珠玑，那位已逝圣人的形象即跃然纸上，无人能比——“在我心里，”阿诺德说，“他一直活在这世上，一直站在波士顿湾之畔，或是站在他常住的康科德，却身形伟岸，风采逼人，一手指向东方我们这奋力支撑、不堪重负的英格兰，一手指向西方正在成长的他深深热爱的美利坚，伟大、智慧、纵情享乐、贪婪成性的美利坚。他指引我的，是他理性的自由，他的快乐与希望，指引你们的，则是他的高尚、敏感、宽容与尊贵。”

据说他从不屈尊恭维他的听众，这是阿诺德先生的荣耀。调转他喜欢用来形容格林（Gray）的词句，我们也可以说他“总是

直言不讳。”他对英国的著名责难：它的上流社会物质化，中产阶层庸俗化，下层社会残暴化，已列入最常引用的词汇表。野蛮、俗气、群氓，他分别用这些词指代英国文明奢侈腐化的上流社会、目光短浅的中产阶层和粗暴兽性的下层社会；但实际上，这些术语代表的远不止于此；它们代表了人性中永远存在的类型，这样的品行与脾性绝不限于英格兰小岛，因而，它们的意义深远，长盛不衰。阿诺德从不屑减少自己的直率或为其进行辩解；的确，对他这样一个生性严肃的作家来讲，这种思想倾向既是自然的，也是必需的。他认为，他的赞扬并不能为民族增添任何尊严；然而，一种社会责任感迫使他说出，他看到的缺憾，他想到的补救之法。在《美国演讲录》（Discourses in America）的前言中，他说道：“我乐于用每一个机会感谢我的美国听众，他们 72 用持之以恒的耐心与友善，聆听一个不会奉承他们的人，一个只会指出他们缺陷的人，但实际上，他言辞中怀有、并传达的敬意与钦佩比匆匆聆听之时所感受的更多。”

我却想，在大体上，阿诺德的自由表达在声望上遭受的损失要比人们最初想象的要少。这是人类一个令人吃惊的品性：被责难与被颂扬往往同样取悦于人。当这一特征与某个人、某个人的私人事务相联系时，它体现得并不明显；但是与更广阔的国家政策、社会弊病以及公共生活等领域相联系时，责难带来的兴奋远远多于赞扬；它是论战的一个芒刺，是思想的一种兴奋剂，它使一个阶层的读者发现一个作家的洞察力，他已经探测到他们自己正准备发掘的那些缺点；他带着体恤的同情心向另一个阶层的读者指出了他们已经感到自己有责任去消除的那些争议；因而，这是这个荒谬世界的方式——嘻笑怒骂，却愉悦了所有人。无论阿

诺德先生是否铭记这一原则，很显然，如我所言，他却从不吝啬他的责难；有时候，他甚至可能对于一些琐事有些过于热切、过于固执地运用他的批评了，以至于人们会认为有些恶意。有时，他的批评带着个人恶言的倾向，有时，他过于直接、过于猛烈地攻击民族所骄傲的特别象征，故难逃众怒。我们知道，他的《美国文明》（Civilization in the United State）一文引发了一场多大的轩然大波；说实话，我认为，这是阿诺德先生作品中差强人意的一篇。它令我不满，并不因为它不公正的批评，而是因为它的赞扬，在我看来显得微不足道。它让人感到它大大低估了一个伟大、强大的民族，因为它似乎要将语句中使用先生（Mr.）而非绅士（Esquire）作为该民族的首要美德；可以说，阿诺德先生在这儿几乎并未展示他自己如此不遗余力推崇的“伟大、自由、明理和仁慈”。

我曾谈到阿诺德先生不断复述的习惯。它不仅体现在语言 73 上，也体现在思想上。极少有作家沉溺于如此频繁地引用自己的作品。他一旦胸有成竹地说出某件事，几乎就不会在以后的作品中改变早先的措词。从根本上讲，他的意图是严谨的；它首先要刺激他的读者，引导他们；为了这一目标，不断复述的倾向的确不无助益。正如一位不知名作家所发现的那样：“这一习惯至少令人对他的措词印象深刻，因而也对他的措词所传达的、他当时所关注的思想或观念印象深刻。”正如绝大多数作家一样，他也有永远将之放在首位的兴趣爱好。其中之一便是改革英国的公立学校——一个似乎被他视为能治愈社会肌体所有弊病的良方。尽管仍存在重述的倾向，他的观点却总是如此合理、新颖和富有启发力，他的语言如此清晰有力，以致他的读者只能用他自己引用

的希腊俗语来表达赞赏："让我们再三品味那美好之事。"

尽管我们衷爱阿诺德的教诲，尽管我们所有人都必须认识到他具有不朽的声望，我想，我们仍有一种模糊的想法，他并不能全如我们所望。他有时缺乏一种坚决、强悍与果敢，缺乏一种发自内心的同情，即便有，也带着一些呆滞、拘谨，甚至几近矫揉的讲究。阿诺德尽其一生反对清教徒，他自身的清教徒味却比他料想得多。他有着清教徒式的坚韧，清教徒式的因循守旧，终此一生有着一种傲慢的谦卑。我想，他的敬慕者更乐意仅仅记住他的书，而不想在这些书中追溯其作者的性格轨迹。没有人会认为阿诺德具有爱默生、纽曼（Newman）和卡莱尔（Carlyle）那般强壮、粗犷的气概。阿诺德的个性不由得让人想到：文化与浮华之间、温和宜人的理性与娇气的伤感之间存在着多么微妙的差别。

但是我一定要用赞扬的文字结束这篇文章。他自己那个畸74形、死气沉沉、缺乏意义的世界，无视他的声音，正如它也无视许多人们听到的最甜美、最有价值的声音。也许，这些声音完美的旋律为一般人所领会、表达的丰富内涵为一般人所理解，这样的时候还没有到来。阿诺德已经意识到，他的学说不是为了今天，他，和像他一样的人，要想赢得胜利必须指望未来。用他自己的话来讲，"这些人是永恒之声的虔诚回音，是上帝之意的忠实喉舌，他们正按照世界的基本趋势而奋进，这是他们的力量，他们的快乐以及他们神圣的幸运。"我们所有人都应当热爱和尊敬阿诺德的诚实、真挚、其对卑俗空想的嘲弄以及对精神生命的热爱。在仓促生活的重压之下，我想不出来还有比他展示在我们面前更高尚、更激励人心的图景。生活中所有偏狭的仇恨、所有无谓的争斗、所有虚情假意、所有矫揉做作——所有这些，都是

他奚落、嘲弄的对象；但是，精神与肉体的和谐、我们本性中所有因素的幸福和谐以及这样一种文化——灵魂上的宁静与融洽是如同柏拉图式的美德，这些目的——压倒所有其他目的，只有智慧的人才会为之劳作、奋进、鞠躬尽瘁。我们都记得弥尔顿式的祈祷："我心中的黑暗亮起来，心中的低弱，提升起来、高尚起来。"我在这些言辞里发现了阿诺德整个哲学的风格与取向、光明与崇高——它们是阿诺德自已钟爱的词语，在他看来，它们代表了人类所有的最主要需要。尽管他的大多数英格兰同胞追求着与之截然相异的理想，尽管赫胥黎、斯宾塞、弗雷德里克·哈里森（Frederic Harrison）、约翰·布莱特（John Bright）* 一直颂扬实用主义，主张用产出衡量国家，阿诺德的信念却从未动摇：既然道德理想决定了一个国家的兴起和衰落，那么如果人类要发展，他就必需有清晰的思维与高尚的灵魂。阿诺德用令人吃惊的毅力，将这一思想嵌入作品的每一章节；无论在关于爱默生的评论中，还是在关于民数记（Numbers）的评论中，它都体现得一样清晰，无论是否合乎时宜，他都出人意料地一再重复它，生怕他的学说为人遗忘，或者重要性被人低估。人们说，他说起话来像一个传教士，或许会有人再加一句：还带着点僧侣的教条与自信。他认为自己抓住了一个不朽的真理，就用它来涂抹所有的思想，无论是哲学、政治学还是文学。 75

随着人类越来越人性化，势易时移，阿诺德所洞察、所坚信的真理将越来越发展、成熟、获得胜利。我毫不怀疑，批评者将

* 约翰·布莱特（1811－1889），英国议会议员、演说家，反谷物法联盟创始人之一，主张自由贸易和议会改革，反对英国参加克里米亚战争。——译注

揭示（如果它还未揭示的话）他的许多哲学都是错误的，他的许多信念是荒谬的。至少，我希望后代能避免他在世时所谴责的众多错误。但是，我确信，离我们不再需要他有关清晰思维与高尚灵魂的教诲，还有许多时日，离我们发现另外一个公正、睿智、诚实地履行这一教诲的导师，也还有许多时日。（我不得不相信，当他面向未来，用警示的手势，以平静、勇敢、坚决的预言之声，鼓吹其洞察的真理，嘲弄着阿谀奉承、讨好卖乖时，他选择了高尚的使命。）当我听到人们因其言词不新鲜而极力反对他时，会非常不耐。评估人之伟大单单依凭他们颂扬真理的新奇性，这是浅薄之举。世界不仅应当将敬意献给那些揭示新真理的人，还应当献给那些更默默无闻的人，他们提出一个陈旧的原则，绝大多数人因长期懒散对它熟视无睹，他们却为它注入新鲜的活力与生命，来警示、唤醒与激发未来。实际上，那是天才的特权，是他的神奇与魔力——使旧的常新，新的长久，带领我们追随于它，却永不泄露：我们披荆斩棘踏上的神圣之路却是我们曾经走过的旧途。当美梦惊醒，我们像旧时信徒一样，发现笼罩圣殿的光芒，尽管我们看来鲜活如真，却被世人当作幻想。阿诺德发现并感知了这一真理；如果天才以及我们曾被教导去尊崇的所有其他东西都不过是事物的虚饰与幻想，如马鲁克（Mallock）先生所言，他发现并感到："梦仍将继续，即便现实已经消逝。对我们大多数人而言，真实往往是种虚幻，虚幻实际却是现实，这是一个残酷的真理。意识到这一点的阿诺德，却对他那个时代的英格兰影响甚微，这多让人惊诧！他自己那个畸形、死气沉沉、缺乏意义的世界，无视他的声音，正如它也无视许多人们听到的最甜美、最有价值的声音，这多让人惊诧。阿诺德已经意识到，他

的学说不是为了今天，他，和像他一样的人，要想赢得胜利必须指望末来。”用他自己的话来说，“这些人是永恒之声的虔诚回音，是上帝之意的忠实喉舌，他们正按照世界的基本趋势而奋进，这是他们的力量、他们的快乐以及他们神圣的幸运。”

77

霍姆斯法官

我如何能赞美你,而不算过誉,

并不因言辞的限制,损害你的荣耀?

Euripides, "Iphigenia at Aulis,"

translated by Arthur S. Way

那些热切年青人的嘴里,不时会发出犹豫不决的疑虑:法律学习和法律职业是否能满足人类精神所渴望的最高需要?我不否认存在这样的挑战,却会将霍姆斯指给这些挑战者看。屡遭挫折之时,我也会有同样的怀疑,它消极的低语使一切努力付之东流。然而,在一个伟大的形象面前,这种怀疑会因羞愧而平息。

他是一位史学家,一个学者,一个兼备法律学识与传统技巧的大师。这样的赞誉还可以再有许多。这样说起一个在众多方面都赫赫有名的人,我们不得不心怀歉疚。对于那些高高在上的人,人们会认为,有些事是理所当然。你可以从每一个环节,无论是最细微的还是最伟大的工作中,都能发现与其使命相契合的学识,然而,这是一种运用得法的学识,一种被征服、被利用、服务于哲学的学识。他可能正在探索一些已消失的东西。带给我们的,却是对永恒的透视。从司空见惯的分裂中,揭示方外深不可测、更亮丽的苍穹。他的嘴里,常常不经意吐露精辟的补充评论与意见,在讨论宏大的主题时,轻描淡写地一带而出,其间蕴涵的内容足以构成一篇专著甚或是一个图书馆。还有谁能将法律方法的一整套哲学溶人一段话的片言只语,就像半世纪前,还很年轻的他写就的有关普通法的演讲中,开篇那些至今仍不绝于耳的句子?尽管它们耳熟能详,引用起来仍让人欢欣鼓舞。“法律的生命不是逻辑,而是经验。在决定人们应当遵循的规则时,现时感知的需要、盛行的道德与政治理论、对公认或不自觉形成的公共政策的直觉、甚至法官与其同僚共有的偏见,比演绎推理起更多的作用。法律体现了一个民族诸世纪以来的发展历程,不能将它视作似乎仅仅包含了公理以及一本数学书中的定理。”法律方法的研究者,在先例的迷宫里彷徨失措,在这深刻的见识激发下,会因新的启示激动不已。书已

78

翻开。接下来的，只是发展与评论。

类似的灵光，不仅他的早期有，他的后期仍然有，并且，随着岁月的推移，这种灵光变得愈加频繁，引发的共鸣更振聋发聩。一开始，他更关注与当下目标相关的学识。在关于普通法的讲演中，你可以发现其关注当务之急的迹象；你也可以在其他文章，比如对英国早期的衡平法、受托人与代理人之法的研究中，以及当他还是马萨诸塞法官时写的许多判决意见中，发现这些迹象。的确，这并不意味着，在追寻当前目标的时候，他忘却了该目标与其他更接近终极价值的目标之间的关系，即便在一开始，亦非如此。历史之于他，在任何时候都不是考古学。研究过去，他喜欢它自身具备的影响与特质，但更喜欢它能为研究现在提供一致性与意义的能力。他致力于挖掘深度，却牢记着深度是高度的基础。与此同时，在光阴流转的过程中，其强调的重点却发生了明明白白的变化。日积月累，他不再像过去一样满足于坚持这样的方法：在法律剧目无休无止上演的过程中，对历史的研究一直固守舞台中心。或许这仅仅是因为他探测到了深度，榨取了这些最隐秘之处透露的所有秘密。无论如何，你可能从他那儿读出许多征兆：当听到现在与未来 79 发出声音，谴责这种对已逝东西的所有尊崇，听到它们带着些许的急躁，主张自己的能力、主张自己占据舞台中心的权力时，他对它们表示出越来越多的同情。他回应道："固守一个法律规则，如果除了因为它是在亨利五世时立下的，再找不出更好的理由时，这是令人厌恶的。如果设立它的理由早已消失，尊崇它仅仅是为了盲目地模仿过去，这将更令人厌恶。""要想理性地研究法律，倒霉的可能是现在的人，然而，将来的人会成为统计学家和经济学大师。"这是在 1897 年，离 Muller v. Oregon 一案的到来还有十一年。在宣

示新的热情时，他仍能保持对旧爱的忠诚。“我自己也进行过一些倒霉的阅读，”他在一篇演讲中对我们说，尽管我引用得不太准确，也许是记忆不全。你可以察觉到一种微妙的踌躇情绪，一种半是骄傲半是缅怀过去的伤感。

在对法律风景的任何一次审视中，仅仅作为历史学家或纯粹的技师，他的位置已经相当稳固。然而，这些年来，他又担当了另一个角色，一个更令人敬重的角色。今天，对所有研究法律、研究人类社会的学者而言，他是哲学家，是先知，是法学领域里我们时代最伟大的人物，也是所有时代中最伟大的人物之一。他的哲学如此深入地嵌在他创造性工作的结构之中，以致于将它从框架中分离出来，将那些无处不在的东西明确地表达出来，并非易事，难就难在：将光线提炼成一股集合的光束，似乎会丧失些许亮丽光芒。法是什么？它的起源是什么？它的能力与限度是什么？它的目标和宗旨是什么，它存在的意义又是什么？在我们复杂的现代世界里，诸如此类的问题构成了许多法律争议的基石，虽然在原来简单的时代中，通过纯粹的先例比较，而勿需诉诸神圣的哲学，即能解决这些争议。我们的哲学家已经付出了相当的努力。当然，还有许多区域，先例力量如此之强，以致于选择已事先注定。这些是往昔世纪里已经建起的道路，这种建设一直可以久远得上溯到古罗马时的道路。然而这些路并非处处皆是。一旦进入旷野，要解决某个新问题，尤其是公法领域里的某个问题时，如果你不想方设法 直面这些终极追问，几乎会寸步难行。 80

某个法律概念是终结性的，还只是一种实用的工具？我们应当将自由看成一种固定的参数，还是更多地视为一种因时代而异的变量？我们赋予它的内容，由永恒不变的前提演绎而来，还是经

过一个艰辛的过程、从时间与地点的具体情境归纳得出？我们是否能说，倘若受影响的全是行动自由，那么，将允许限制与实验；倘若结果冒犯了思想或言说自由，那么，将严禁实验与限制？在判例法体系发展的过程中，逻辑只是众多工具中的一种，还是取代竞争者的裁判员？某个规则的起源应当从属于它的目的，还是为了忠于起源，可以牺牲目的？

我不敢说，对这些或与之类似的其他追问，霍姆斯将如何作答。我能确定无疑的是：这样的追问蛰伏在许多普通的法律诉讼中，如果这个伟大的法官刚好看到了蕴涵其中的东西，会将它们从名不见经传中抬升出来，享受尊荣。我想，我有能力来探寻他的大致答案，尽管有些笨拙或直观，不过，还是用几个例子作为试金石、让他自己来回答将更保险。我选择的例子是法学思想中经常使用的，其中的一些，因为经常在人们手中流转，已变得有些陈旧，然而，其中蕴涵的真理仍然至高无上。

"第十四条修正案并未规定赫伯特·斯宾塞先生的社会静力学。""当法院必须运用它们自身的判断时，如果法官认为一条法律似乎过于极端、与其表面目标不符或者建立在他不认同的价值观念上，就抛弃它或者宣告它无效，这绝不正确。必须给不同的观点和各种可能的特殊情况留有相当大的余地，这些特殊情况，法院即便了解它们，也只是不完全的。否则，宪法就不会像所有英语社会普遍理解的那样，专门体现相对基本的权利规则，而会变成并非何时何地何人都会信仰的(semper ubique et ab omnibus)一套特定道德或经济观念的帮凶。""当人类认识到，时间颠覆了众多相互冲突的信念，他们才可能坚信，甚至比其对自身行为基础的坚信程度尤过之：思想的自由交流将更好地达成最终的善——真理的最佳检验

81

是思想通过市场竞争使自身获得承认的权力，并且，这真理是其愿望安全实现的惟一基础。这就是我们宪法的理论。这是一种试验，正如所有的生命都是一种实验。”“当法律必须区别日与夜、幼年与成熟以及其他任何极端之间，毫无疑问我们必须固定一点或划出界限，或是通过连续不断的判决逐渐实现，以此标明变化始于何处。如果我们只关注此点或此线，无视其背后的需要，这些点或者界限的划分也许会显得专断。它可能稍微偏向这边或那边。但是，当人们发现，此处必须有一点或一条线，却没有明确的数学或者逻辑方法来固定它时，我们就必须接受立法机关的决定，除非我们能说此决定毫无理性可言。”“有时候，在现代社会的基本关系中，很难划出一条被认为限制立法机关行使或授权行使征用权(eminent domain)权威的线。但是，汇集荒芜土地上的溪流，提取它们的能量，不废脑力的劳动，从而使人类可以节省劳苦，这是在补充那些仅次于智识、却是我们所有成果、所有福祉真正基础的东西。如果这样的目的不是公益性的，我们就不知该如何称谓它了。”

马修·阿诺德在那篇《诗学研究》的文章中有一段著名的话，告诉我们如何通过对几行诗句的审视，来区分诗歌创作中的真金与锡箔，我们也可以从我们的思想中挑选一些。我从他众多判决中挑出来这些言辞，对那些知晓法律中哲学思想的人而言，就是这几行诗。他是从一个怎样的高度，来观察人类生活领域、观察他们活动的整幅图景，包括其所有区域及存在的分歧，无论其本质，还是艺术！这敏锐的洞察记录了此区域与彼区域之间的细微差异，并且伴随着幽默、慈善与历史的价值观，后者不断唤起震耳欲聋的共鸣：其他多少高耸、不可一世的障碍都被夷平在灰尘里。“我小心 82

谨慎的工作，不是去嘲弄、悲叹和诅咒人类的活动，我的工作是去理解他们。”斯宾诺莎在陈述其生活观的著名论述中如是说，时间和复述都没能毁损这段话。对此旋律的共鸣仍回响在今日，在我们的土地上。

人们说他是一个伟大的自由主义者，一个自由的热爱者与信徒。这是事实，然而，在对自由的挚爱中，他不愿意将自己变成一个纯粹口号的奴隶。没有比他更经常、不辞辛苦地演示这样的真理：尽管权利不断奋争，试图宣告其绝对性，但它们永远都不是绝对的。“我最反对的是，超出第十四修正案语言的绝对强制力之外，运用它去阻止社会试验（有几个州的议会表明社会中相当部分的人期望此种试验），即便这一试验对我，以及我最敬重其判断的那些人，似乎是无益的、甚或是有害的。”他知道如何去区分此自由与彼自由。他透彻地认识到托克维尔在一世纪以前指出的思想：一种自由可能抵消和破坏另一种自由，同时，即便有自由之爱，人们对另一种东西的热情更强烈，这另一种热情，无论在名义上，还是其核心，都是一样的，即对平等的热情。限制，尽管独立地看来惹人烦恼，“长远地看，对建立地位平等却是必要的”——真正的自由由此而始。许多对自由的吁求，空喊某个原则的口号，都是特权或不平等为了掩饰其固守领地的企图。在许多地方，都存在着取舍，为了机器运转，必须宽容，否则，在激烈对抗的冲撞中，矫饰的绝对将自取灭亡，也会破坏有序的自由。只有一个领域，绝不能有妥协，或只能作最狭窄的限制。那就是：在思想与言说的自由上，绝不存在着妥协，除非在那些思想引发行动的最极端地带。这儿不存在妥协，因为思想的自由交流，借用我自己的话来讲，是智识83 试验必不可少的条件，也是对其有效性的一种检验。无选择既无

自由,无知识既无选择——否则,无一不是虚幻。无论表面的牺牲有多大,这儿都是我们要保留的善。我们不能虚掷将流芳于世的思想。

没有人比他更有效地同规则的压制、标语口号的专制作斗争。立法机关通过新法来回应紧急需求,这种权限存在问题吗?囿于言辞,只要这种权限可以被归入国家的“政治权力”(police power)这样的陈词滥调,我们常常满足承认此种权限;受此话语之麻痹,我们心安理得。紧急状态的压力导致此种权力的行使,这种需求本质上构成一个问题吗?在我们看来,此种需求必须涉及影响“某些公共利益”的活动;受此话语之麻痹,我们乐意认为,只要停留在此保护伞之下就不会危害国家。熟悉的陈词滥调给人看似安全的保障。拙劣的隐瞒,精确的假象,不但潜伏着欺骗,也潜伏着危险。凶兆还太遥远,不足以将我们从深度破裂的惯例中撼醒。但最终,我们可能发现,自已比预想的要陷人更深。陈词滥调不足以阻挡实现目标的冲动,尽管思想的懒惰可能令我们暂时认为其可以。标签不是抵制洪水——紧急需求的激流——肆虐的堤坝,尽管在洪水扫荡一切之前,它可能带来安全感。伟大的大师已敏锐地看到了这一切。他已看到了这一切,当他带着父爱般的溺爱,心甘情愿地让镣铐式的言语通过,同时提出警告:总有一天,会需要扔掉它们或扩展它们、从惯例中抽身而出,无论要花多少痛苦和艰辛。对某个口号的老调重弹可能使分析带上五十年甚至更长时间的镣铐。

还有其他一些伟大的标志,尽管只能最简略的概括它们,我们也不愿意忽略。在对作为哲学家的他表示敬意的过程中,我们不得不停顿一下,对作为文学巨匠的他表示敬意。“我正在学习法律,”年轻的詹姆斯·拉塞尔·洛威尔在一封给同事的信中写道:“并

84 有可能成为美国的首席大法官。”他却被诱入了文学之道，尽管人们常常可以在他的文章中隐约发现受过法律培训的影子，这是法律的不幸，或许也是首席大法官职位的不幸。各行各业都艳羡地看着天才和学识被绑架和改玄易辙。莱斯利·斯蒂芬（Leslie Stephen）就说，“我希望迪斯累里专注于他的小说，而非去当什么英国首相。”当人们想起霍姆斯的时候，毋需悲叹一个伟大的作家高成或低就——这要依个人的观点而定——为一个法官。他们毋需悲叹，因为这是一个现成的典范，他知道如何将两项使命结合起来，结合它们，使它们共放异彩。在他的笔下，法律是哲学，同时也是文学。如果有任何人质疑这种风格的美化力量，让他们看看那些判决。他们的怀疑会被丢至九霄云外。它们是多么凝练，一句话，我们大多数人就得用上一段、一整页。它们锐利的措辞是多么一针见血，平实的叙述是多么从容不迫，迸发热情的时候又是多么光彩夺目，灼灼发光。徒劳的学习或模仿，几乎让人陷入绝望的苦恼，东施效颦而已。在那些重要判例中，这些品性当然表露无遗。我更感兴趣的却是发现：在那些不太引人注目的案件中，那些从不怎么宽容或吹毛求疵的艺术角度来看显得琐碎和粗糙的案件中，它们依然清晰可见。他知道，在这样的情况下，伟大的东西可以独立于支撑的柱石。“伟大的判例，”他告诉我们，“之所以伟大，并非由于它们在未来之法形成的过程中确实重要，而是因为某种意外情境之下，即时的、压倒一切的利益诉诸人们的情感，扭曲了人们的判断。”许多次，当我翻阅涉及一个比较沉闷主题，可能是一些关于合同或疏忽大意问题的判决意见书，不期然地会碰上灵气飞扬的一句话，它的羽翅将晦暗阴翳一扫而光。我再回到开头，惊讶地发现霍姆斯的名字。

这儿体现了一种良知，一种藐视、甚至嘲笑未尽心工作的良知。波洛克提醒我们，普通的艺术家不可能产生真正的佳作，“除非他忽略由此获取的报酬，在需要杰出判断力的时候，有强烈的艺术感，并且，对其技艺的品质，拥有一种确定无疑的艺术自信。”最近，怀特海博士提倡同样的经验。“格调(style)，”他说道，“是最高境界的精神道德。”“有格调的管理人憎恨浪费；有格调的工程师节省材料；有格调的艺术家钟情佳作”；我们可以再加一句，有格调的法官拒绝错误与草率的思想。因此，格调是忠诚与勇气的一种形式，正如桑塔亚那(Santayana)* 告诉我们的，是对真理的执着追求。读着这些判决意见书，不可能对写在这每一页纸上的忠诚与勇气视而不见。

草青了又黄了，岁月一季又一季，日历告诉我们，他老了。我想，他是老了，因为计划接在这篇介绍文字之后的卷册，是作为他九十周年献礼的。然而，用一句老话，你可以说，他的精神依然年轻。也许我们可以用他自己的话来找到这个秘密的钥匙，或者至少发现他思想的基调。“我最喜爱的悖论之一，”他在给一个朋友的信中写道：“就是在二十五年(或者五十年)内，任何东西都会死亡。作者对你说的，不再是以前他想说的那番话。如果他是原创的，他的新思想已经发展了，以新的形式为人们所熟知——错误已经被剔除。如果他不是一个哲学家，而是一个艺术家，其情感的重心也已转移。”在人类精神的成就中，一个如此深刻地烙上瞬变感和急迫感的思想，很少会因消失岁月的侵蚀而丧失其美好的精神实质。

---

* 乔治·桑塔亚那(1863 – 1952)，西班牙裔美国哲学家和作家，主要以美学、道德、精神生活的理论著作出名。除哲学著作如《存在的王国》以外，他还写诗和小说，如《最后一个清教徒》。——译注

阅读完这些东西，心里总是萦绕着担心：也许我获得的是一种游离的印象，一种人情味太重或太轻的印象。我们中间了解他的那些人，可以举出确凿的证据：这种印象一旦确定，就是不幸的与事实有出人。任何一个人，在有幸拜见他之后，都会知道他拥有高贵的才智。智慧、热忱以及敏捷的思想与想象力。然而除此之外，还有许多品质。包括恬淡，文雅，最重要的，仁慈—— 一个灵魂根据自己的价值尺度来塑造的仁慈，还有平和的沉着，也可以在那些最令人刻骨铭心的特征中找到。然而，即便用仁慈也不能概括出 86 整体印象。这种普遍的感觉，无法明确定义，这种品质，由于缺少更好的词汇，无法简单地描述。我并不认为，他拥有这些罕见的天赋，却丝毫不感自豪。没有人受到上帝的如此眷顾，自己却浑然不觉这番诗情画意。不过，知识没能使他摆脱诸如羞怯的怀疑，勇于提问和自省，正如他感到有必要去确证自己，在审视自己灵魂的时候，他所斟酌的远远多于镜中的影像。怀疑诸多的事，诸多被夸耀的确定性，他甚至开始怀疑自己。

在我收藏的珍宝里，有一封他的亲笔信。他允许我引用它。“我总在想，”他写道：“促成一个人所渴望的成功，不是地位，权力或者声望，而是颤抖的希望：他已接近理想。如果一个人斗胆地说出这一希望，那么使他确信自己不是活在一个愚人天堂里的惟一理由是：这是凤毛麟角的大师之心声……我如此深切地感受到这一希望，以至于不想再谈论它。”这是一代法学宗师的肺腑之言。

你找不到与此完美、动人的质朴相媲美的思想，除非在另一个真与美的崇拜者的“颤抖的希望”里。济慈那句充满渴念的话，穿越了一个世纪回响起来。“我想，我在死后将跻身英国诗人之列。”

济慈不在“愚人的天堂”，霍姆斯也不会在。

我们的普通法小姐*

* "我们的普通法小姐"。经《圣约翰大学法律评论》、哥伦比亚大学以及本杰明·卡多佐文学遗产的剩余遗产承受人的许可再版。《圣约翰大学法律评论》13:231 - 241 (1939)。

为了纪念本杰明·卡多佐法官，这个令人尊敬的法学家、哲学家、人道主义者和文学家，我们出版了他在1928年给我们的第一届毕业生所作的引人入胜的演讲。没有什么比他自己的语言更恰如其分地为他带来荣誉了。任何歌功颂德的言辞都没有他对"普通法小姐"的颂扬如此令人心悦诚服地显示他永垂不朽的位置。才华横溢的作家带给人们的记忆如同其智慧的语言一样隽永。

我们的普通法小姐倾慕者无数。

三年前，人们盛传，一个崭新的圣坛为她虔诚的信徒们开放了。对于任何一个没有证明其自身价值的人，她都不会一展容姿。她不会折服于多情的媚眼、深情的祈祷、凶恶的恐吓、悲伤的叹息或者失意的呻吟。清秀的容貌不能博得她的青睐，家财万贯、出身豪门和所有的天生幸运都不会使她稍现颜色。除了献身于她的事业，任何努力都是徒劳无益的，而且，这种献身不是一天，也不是一个月，而是专心笃定、孤独漫长的三年。一个奇迹产生了！毋须片言只语，一群崇拜者闻风而至。头一年就达八百人之众。此后每一年，这个数字都在逐年递增。现在，三年的期限结束了，这群忠实的追随者在此大厅聚集一堂，他们要索取自己辛苦劳动的报偿，他们要成为我们这位小姐钟爱的一员，他们要成为其忠实的奴仆。

这种献身没有终止的时候，必须坚持不懈。如果你幻想它有结束的那一天，你将成为这位小姐花言巧语的牺牲品。像其他貌美如花却又善于卖弄风情的少女一样，她会说一些模棱两可的话儿，却不至于对那些叹息地匍匐在脚下、为其献身的那些人玩弄狡

88 诈的诡计。我现在就要提醒你们，以免你们落入她任性无常的笼套。任何时候，都不要认为三年的献身已经使你们拥有了载人其

花名册这点可怜的特权——也不要认为这样的献身就已足够。你们所忍耐的不过是一个见习期,一个检视与考验期,一个懒人将遭淘汰,强壮、勇敢而又热忱的人将被留在队伍之中的试用期。事实上,岁月流转,我们的小姐也正变得越来越苛刻。很多年前,我被载入其花名册的时候,她极易满足。对于那时的学徒来说,只要掌握最浅显的法律入门知识就足以使他们享有特权,去亲吻她那柔滑如水、纤尘不染的衣袍的外缘。但这也仅仅是在那一年而已。我们的普通法小姐——我以一个年老而忠实的奴仆所应有的谦卑来这样称谓她——我们的小姐现在不那么好取悦了。她的要求不那么容易满足了。她的视野里包容的不仅仅是法律,她几乎囊括了人类智识的每一个分支,因此,她的信徒也急需把这些智识奉为祭祀之列。那些想从她那儿获得最佳报偿的人必须使他们的知识如科学一样深奥,如文化一样广博。否则她是不会满意的。

前几天,我读到了一份非常有趣的文件,那是哈佛大学的校长劳伦斯·洛威尔(A. Lawrence Lowell)* 博士对该校的学监们提交的1926-1927的年度报告。他谈到了一个有关教育的新观念,他将此观念称之为知识的连贯性(continuity of knowledge)。它的基本思想是:人们对教育中学科的划分就像对时间的划分一样,往往看作是绝对的和真实的——这就需要人们更全面地认识这种划分,应将它们视为纯粹由大脑虚构出来的事物,仅仅是节约劳力的设置,它们能够有助于思维,但也仅仅如同其他有助于思维的方式一样,如果忽略甚或忘却它们的起源,则会使人们误入歧途。因而,物理

* 劳伦斯·洛威尔(1856-1943),美国教育家,担任过哈佛大学校长(1909-1933年),主要著作有:《政府论》(1889年)和《原则的冲突》(1932年)。——译注

学家求教于化学家,动物学家求教于生物学家,医生求教于心理学家,经济学家求教于政治家与社会科学家,如此这般互通有无、不一而足。他告诉我们:“明显的分割正在逐渐消失,我们看到每一门学科在潜移默化中浸透到此前截然不同的其他学科中。”与此种 89 知识连贯性相类似的观念正慢慢渗入到法律中。最近一段时间,我所在的法院就碰到这么一起案件,它需要求助于化学家的智慧才能作出明智的判决,另一起则需要求助于精通机械学的人,还有一起需要求助于生物学和医学的专家,如此等等,几乎都是这一类。我并不是说我们法学家的知识资源能够满足上述问题对人类智慧的需求。但是,至少从理论上讲,我们的诉讼当事人有权这样期待。为了与我们理论联系实践的能力相称,我们作为法官的功效应更大一些,我们判决的质量应更合理也更有价值一些。当然,完善的、安排有序的知识体系是不可能实现的。当我们清醒的时候,绝不会有如此狂妄的抱负。我们不可能探测到它的深浅,仅仅浏览它的外表,就够花精力的了。然而即便如此,我们仍需要用学识装备自己,至目前为止,这种学识应比以往简朴时代从事法律职业的人所必需的学识更全面、更丰富。在我们中间,没有几个人能希望,凭自己的本事就可以解决那些令历史学家、经济学家、物理学家或者化学家都迷惑不解的问题。我们必须求教于专家,就其所精通的领域中的问题,给出一个确切的答案。然而,我们所谈论问题的核心是,如果未拥有一个全面而丰富的、法律领域以外的文化与知识背景,我们将永远不可能找到解决问题的感觉,永远不可能看到它与我们生活方式的真正关系,永远不可能发现它与生活的关系,我们也不可能察觉到它与提供了生活规则的法律的关系。如果你希望达到这一目标,你必须知道通往这一目标的方法。知

识连贯性的观念日益教导我们必须使装备丰富起来，它也向我们指明了明天的律师将遵循的道路。

不要以为我强调知识的因素就抛开了其他所有的一切！实际上，知识固然是装备我们的一个重要因素，然而，这绝非全部。此时，最适宜的事情可能是强调一下其他一些使知识融会贯通的成分与因素。当我应邀在今天给你们做讲演时，有人告诉我，这是一个群情激昂的集会，它将使我们所有人，尤其是律师界那些初出茅庐的人深切地体会到——通过一种生动活泼的方式——法律职业的尊贵与荣耀，它已实现的或未实现的、服务于人类的能力。我 90 想，在这个时候，不管我是多么惧怕讲演，我都有义务说些什么。一个隐秘的暗示制止了我的反抗：如果我舍弃了今天的讲演——尽管我在这一年的其他日子里也是如此沉默寡言——如果我舍弃了今天的讲演，我将辜负人们的信任，辜负那个已安在我身上的、州司法系统首席大法官的头衔——尽管这个首席并没有其他的意思。

所以，我站到了你们的面前，履行我的义务，重述那些古老的陈词滥调。我使用这个带些贬义的词语并不是想贬低或嘲讽它们。有时候，我们知道某些东西是真理，但在生活中我们却没有完全地遵循它们，所以对它们产生了一种反感的情绪，于是就习惯性地把它们称之为陈词滥调。或许，只有当我们把它们称为陈词滥调时，才更容易使其保持沉默或者将其忘却。我们会有一种无可名状的愤怒而不安的感觉，当它们叮当作响，反反复复地刺激着我们的耳膜时，仿佛向我们的美德提出了挑战。现在的我则全无这些犹豫不决和忧虑不安。今天，我就是被派来随心所欲地说些陈词滥调、老调重弹，并且数着听众的呵欠以证明我已完成了我的任

务。

当然，事情往往如此。现在令人生厌的人常常成为明日的英雄。雅典人以投票的方式认定苏格拉底是个令人生厌的人，他只配喝毒酒。但是他的令人讨厌使他获得了不朽，使我们甚至直到今天依然追思不已。包斯威尔(Boswell)* 也是个令人生厌的人，连他颂扬的人也瞧不起他的努力。但是他也因此为自己赢得了不朽，或许顺带地，他使那些曾经冷落他的人也得以不朽。我想，法官，几乎是所有的法官，也都是些令人生厌的人。在独一无二的霍姆斯法官的光辉篇章之外，我不知道，人们在其情绪消沉的时候是否还诉诸其他法院所有的、在精神上不朽的主张。因此，聊以自慰的是，即使我鼓吹的是毫无结果的原理，也应该一如既往地坚持下去。

对于律师界的年青人所面临的前景，我要告诉他们，人的品性至关重要，这是由来已久的一个传统。说起来那是一个令人烦闷不堪的话题，因为人们总是不厌其烦地提到它，在我说起它之前，我首先要获得你们的许可，把自己变成一个令人生厌的人。在得到这个许可之后，我觉得应该来谈一下了，因为这个问题确实存 91 在。品性包括很多东西，勤奋、忠诚，还有良知与荣誉。在品性尺度的一端是可怜的老百姓奉为箴言的俭仆和勤奋，另一端则是圣徒和英雄般的牺牲、奉献和理想主义。那些幻想成功来自机遇的人，可以从英国最著名的大法官之一——凯恩斯爵士(lord cairns)的一生中获益良多。据其传记载，凯恩斯成为讼务律师时，他尽其

* 包斯威尔(1740－1795)，苏格兰作家，著有英国作家《约翰逊传》和《科西嘉岛纪实》。——译注

所有的热忱坚持不懈地锻炼自己。“在人们期盼有一个讼务律师在那儿等候时，他不给自己任何离开工作岗位的藉口和理由。”这就是他当初起步的情形。让我们时代中那些在周末度假的高尔夫球手们注意吧！“在一个星期六，他拒绝了一个约请，尽管并没有工作要做。下午临近四点的时候，他正坐在办公室里，一件意想不到的事情发生了。一个著名的游说者，贝德福德街的乔治先生有一件急事需要咨询。他敲了许多办公室的门，但没有一个是开的。”最后，传记者写道，“他来到了凯恩斯的房间，后者正孤守岗位，于是，他不仅发现了一个讼务律师(barrister)，也发现了大多数事务律师(solicitor)都想追随的一个讼务律师——一个拥有渊博学识和敏锐的判断力的年轻人。从此，乔治先生的公司成了凯恩斯的老顾客。”这是一个典范，它是对那些忠实不渝、坚持不懈地保持审慎和勤勉之人的报偿，我把审慎与勤勉放在美德尺度的较低层次，它们适合于那些刚刚进人律师界的新人。这儿还有另外一些闪亮、甚至比前例更平等、更不朽的例子，它们说明了实践其他一些美德的报偿，这些美德位于这个伟大而绚丽的尺度的高层。想想曼斯菲尔德勋爵以及他那不屈不挠的诚实名声给我们司法史带来的、现在仍灼灼发光的荣耀吧。我非常乐意重复以前经常说起的那个故事，是有关1780年反天主教徒的暴乱中他所表现出来的态度。在乔治·戈登(George Gordon)爵士的煽动下，一群暴徒毁坏了他的房屋，将里面洗劫一空，还毁坏了他的法律图书室以及法律书籍，在那些书上有他倾尽心血所作的评注。但正是其享有的司法公正的名望使暴徒的首领选择了他而非其他法官来审判自己。当案件结束时，没有人对审理的公正提出异议，甚至包括那个被监禁的囚徒。品性战胜了偏见与愤怒。

92 每当人们告诉我(他们经常这么做),律师与法官是刹车,是置于民族前进运动之上的老式刹车,这时,我就会十分宽慰地回忆起这些例子。不久前,恰好是新年前夕,我正在准备一份有关未来工作的普通决议,我读到了一篇批评伏尔泰所处时代的法律思想的文章,通常而言,它本身也变成了法律思想的一种。作者说道:"敬畏先例,严守法律条文,努力使已经改变的生活方式屈服于陈旧的法律和强词夺理的习惯,卖弄学问、玩世不恭却假装苦行禁欲,习惯性地怀疑人性和高洁的念头,职业性的目空一切,所有这些都容易使从事法律职业的人,在对社会秩序怀着一份惯常的、忠诚的热情时,对严酷的残暴和压制性的不公正作出狂热的反应。"

如果人们能够期望,思想上的忏悔会为新年伊始带来一大批十分适宜的决定,那么这篇文章非常益于在新年前夜阅读。我还发现了另一本同样冷静、却更凝练、在思想、内省和谦恭方而更具诱惑力的书。该书是已故约翰·麦克道纳尔(John MacDonnell)先生的著作,它以《历史性审判》(Historical Trail)为题,收集了一系列文章。作者生前是最高法院为王室征收债款的官吏和高级法官助理。他所涉及的是一个永远不会过时的主题:法律与正义的一致性问题,即法院真正能够通过法律实现正义的程度,但这种实现不是在风和日丽的天气之下,而是在狂风暴雨之中,在具有强大压力与紧张的时代之中,此时,法律机制应当有效地抵制狂热、偏见和残酷,并向人们显示其到底能够作些什么。我要承认他的记录不是一片光滑平整、滋生欢乐与喜悦的沃土。它是对我们每个人的一种挑战。如果你乐意的话,请记住,本书的作者不是一个专门记录丑闻陋事的新闻记者,而是一个技能娴熟、具有学者风度的律师,他本身就是一个进步文明国度的法律机器中虽非重要但却绝

不可少的一分子。这本不太厚的册子收集了关于苏格拉底、骑士时代的圣堂武士(Knights Templars)、圣女贞德(Jeanne d'Arc)、布鲁诺、苏格兰的玛丽女皇、伽利略、塞尔维特(Servetus)*、阿拉贡(Katharine of Aragon)、罗利先生(Walter Raleigh)**的审判,还有神明裁判等其他审判。"一个审判,"作者写道,"一个审判,实质上是一场战斗,是一场在一个封闭竞技场里进行的战争。它是相互冲突的力量之间所产生的震动,是一场可以激起最强烈情感的竞赛。审判中所涉及的问题存在于人类所知的最深沉、最伟大的东西之中,苏格拉底、圣女贞德、布鲁诺、卡拉斯(Calas)或德雷福斯(Dreyfus)***的例子都说明了这一问题。如果我能审理这些案件的话,我也无法对它们作出审判,它们超出了我工作的范围。它们应当由哲学家、历史学家和道德学家来处理。"他继续写到,"我仅仅会作为一个律师来处理这些审判,作为一个律师来审查相关的文件,试图解答一个律师必须提出的那些问题,我必然要回避许多此类审判所涉及的、最重要的方面,但也会留意某些易于忽略的问题。我想仅仅把它们视为正要进入诉讼程序或刚刚判决完毕的案件;把它们视为法律现象,视为人类法律史的一部分,而非人类良知演进这一漫长史话不可或缺的一页。"

93

---

* 塞尔维特,(1511 - 1553)西班牙神学家、医师,支持宗教改革运动,第一个发现人体循环系统,因发表《论三位一体的谬误》[1531],以"异端"罪名被判火刑处死。——译注

** 罗利先生(1554? - 1618)英国探险家、作家,女王伊丽莎白一世的宠臣,早期美洲殖民者,因被指控阴谋推翻詹姆士一世而被监禁在伦敦塔[1603 - 1616],后被处死[1618],著有《世界史》、散文、诗歌等。——译注

*** 德雷福斯(1859 - 1935)法国军官,犹太人,著名的德雷福斯事件当事人,因被军事法庭以叛国罪判终生监禁[1894],而激发要求释放他的政治风波,经重审予以平凡昭雪[1906]。——译注

让我们看一看他提到的第一个审判，即苏格拉底审判，它的教训永远消失了吗？

“我来提一些问题，”约翰爵士说，“这些问题，人们重复了二十个世纪，但它们仍旧新鲜。这个审判公正吗？苏格拉底有罪吗？他所作的辩护是一篇冗长的诡辩吗？他是否腐蚀了青年人？审判的结果是一种司法失误还是一种司法谋杀？我相信这些问题不会只有一种答案。总有些人把秩序即社会的整体利益看得比其他东西更重要；他们把国家的安全作为最高的法律；所以，像黑格尔和其他许多人已经作出的回答：‘这是个有益的行为’，一个必要的行为；‘如果人们想要生活、想要强大的话，苏格拉底必须死。’这就是苏格拉底同时代大多数公民的意见，没有理由相信他们会在任何情况下有所忏悔，直至很久很久以后……如果对苏格拉底的起诉与定罪是国家行为，那么这些行为至少是正当和符合程序的，人们并不想抑制被害人的声音，这儿也没有任何我经常在中世纪和现代的审判中不得不注意到的残忍情形。这种关于审判的观点至今仍被人们经常挂在口头上。但是还有其他一些人，他们把个人的自由和内心的生活看得重于一切，思索许多不可见却对我们具有不可估量价值的事情，他们将该审判结果视为一项罪行，把苏格拉底视为真自由与真进步的第一个、最伟大的殉难者。对于生活中存在的这些不可调和的矛盾，仅仅作为律师并不能提供多少帮助。但是他可以试着将自己放到法官的位置上，力图去理解他们所执行的法律；他将用苏格拉底时代的而非我们时代的标准适用于他们的行为。他也将扪心自问：如果苏格拉底在其他地方和其他时间受到审判，结果会不同吗？”

约翰爵士对这个问题的回答不能燃起我们职业的自豪感。按

94

照他的判断，苏格拉底在别处或其他时间受到审判的遭遇可能并不会更好，也许更坏。迟些日子，可能带来严刑拷打，再迟些日子则会有藐视法庭罪、放逐、误解和贬低。判决可能以其他方式作出，惩罚可能低于死刑；但是人们仍然可以用法律来尊崇当时的偏见和仇恨，镇压那些抵制偏见与仇恨的弱者。令人印象深刻的是，作者从研究中总结了一个教训，即恐惧的腐蚀力——恐惧未知、恐惧陌生以及伴随恐惧的偏见。“恐惧，”他说，“恢复了有关法院功能的原始观念，这不是一种必要的或者人们经常遇到的个人恐惧，而是害怕变迁；这是那些古老秩序的支持者的恐惧，他们害怕发现新真理的后果；也害怕暴露事实真相。哪儿存在着这样的恐惧，哪儿就不可能有正义；法院沦为权力的工具，法官成了镇压叛乱的士兵；一个所谓的审判不过是一次惩罚性的探险或者一次礼仪性的表演——布鲁诺、伽利略或者德雷福斯都是这种审判的牺牲品。”

我也不知道是否可能有所不同，至少在意气消沉的时候我会这么说。也许法律就是这样。它是个中介，是个工具，社会通过它来约束那些激起人们强烈恐惧感、以致于令人无法忍受的行为。只有当我们将恐惧——我们的恐惧和我们的希望以及与恐惧类似的情感理性化时，法律才可能被理性化。前几天，一个知名的医生对我说，心理学家已经开始持以下观点：富有成效的教育方法与其说是在控制人类的行为，莫若说是在支配他们的欲望——他们的冲动与欲望。他用此方式提出此观点以激起我的兴趣和注意，但是现在这个思想已经成为学校里的常识。对于法律和那些像法官和律师一样遵循的人而言，这儿总结了一个教训。在支配欲望——使人们的希望和恐惧理性化时——即塑造和影响人们的品性时，我们应做更多的事情，以使法律理性化。

因此，如我开头所言，这涉及到品性问题，最后它被证明为人类行为的核心问题，也是社会秩序的核心问题。对于今天的我们，我们这些从事法律职业的人，我们这些志在将法律视为理性的人而言，如何保持品性呢？我们怎样完成自己的任务？恐惧，那种毫无可取之处的恐惧是否已经在我们的司法方法中消失了？法律是时代愤怒、欺诈和狡猾的工具还是平静、和睦和有序的工具？法律是否已经得到净化和圣化，是否已经赋予了尊严，以致于苏格拉底、罗利以及巫师——那些丑陋的、异己的、不受欢迎的、令人厌烦的人们——如果在今天接受审判，其结果是否能够得到改善？这就是我和你们要处理的问题，是我们职业的重负，同时也是永不褪色的荣耀。这是法律的悲伤和紧张，在老兵脸上刻下了伤痕与皱纹，但它具有的鼓舞人心的吸引力，使新兵脸上洋溢着欢欣、希望和光芒，令他们渴望参加这富有挑战性的活动，补充这正在减少的队伍。这儿打的是一场持久战，值得我们或他们竭尽所能。这儿是肉搏的战场和倍受煎熬的苦痛之地，但在远方，却是人们不惜鲜血、汗水与痛苦去赢得的阳光灿烂的山坡。因为"正义之路如烁烁之光，它愈来愈强日臻完美。"

有时候，内心的生活和制度的意义都隐秘于古老的形式与仪式之中，人们可以从中揭示出它们全部的本质。不久之前，当我读到郡县的大陪审团直到现在仍在采用的、体现古老之美的宣誓仪式时，才深切地体会到了这一点。你可以在《刑事诉讼法典》中找到它（指宣誓仪式）；与我们一洋之隔的英国同胞们也正使用的一个仪式，同我们的没有多大差别，波洛克爵士已将我们的宣誓仪式一直追溯到萨克森国王时代，至少对于它的起源来讲是这样。该宣誓仪式具有的合理性、优美性以及威严性可以与著名的开业医

生的誓言(Hippocratic oath)一争长短,后者是我们医生兄弟们的荣誉与骄傲。这儿是宣誓的具体内容,它已历经沧桑变换:

“你谨当细致调查、如实陈述一切交由你处理的问题与事务;作为本州人民的律师,无论是你自己还是你同事,都应当保守秘密;你不应基于嫉妒、憎恨或恶意而控告某人,也不应基于恐惧、关爱、友谊、报答或期望而不控告某人;你谨当根据你的知识、你最佳的理解,真实地揭示所有事情。上帝保佑你!”

96

这些荡气回肠、真挚恳切的音符,如黄钟大吕,将我们飘忽不定的思绪带向圣洁、虔诚的仪式。我浑身战栗地聆听着。这儿,我对自己说,就在这儿,这一庄严仪式之中隐藏着法律真正的精神,没有恐惧不安,也没有乐善好施。并非她所有的群臣们都忠实于其居高临下把持的、等候他们来遵从的理想。但是,这些言辞,在数世纪的尘埃与污浊之中,被不朽地保留下来,被人们诵读着。当我们失意彷徨时,它们坚定了我们的信心,当我们软弱无助时,它们给了我们力量。它们告诉我们,不管所有的失败和倒退,不管所有的恐惧与偏见,精神依然圣洁无暇。

今天,作为古老的陈词滥调的传教士,我召唤你们这些新兵们,在这种永无止境的奋斗中,尽职尽责吧!在这个前哨战上同恐惧、仇恨、偏见与愤怒以及由此产生的不公正作斗争!你务须了解比繁细琐碎的程序更多的东西。你务须洞悉比法律更多的东西,亦即只有当你了解其他许多并未冠之以法律称谓的东西时,你才会发现法律实际上是不为人所知的。和任何其他的战斗一样,你们需要耐性、技巧、勇气、坚定和忍耐。我坚信你们一定不会令我们失望。当我的眼光从你们的脸庞扫过时,我自己想,如果你们和那些将追随你们走出校门的人都尊重和赞许你们所选择的这项伟

大事业，等那一天到来的时候，法律职业又会意味着什么。在你们将进入的这个古老团体时，你们将获得怎样的一种精神力量！在我们这个聚集为一体的伟大律师团体中，我们将获得怎样一种潜移默化的力量，有时候，这种力量会受到高尚思想与完美理想之激越，然而某些时候，它也有变得迟钝呆板的危险，因为这个巨大的群体很可能会使自己一劳永逸地成为一种不可抵挡的权力！你们具有怎样的责任使消沉的振奋起来，将错误的抹杀干净，失去的补[97]偿回来，直至全世界都看到，全世界都已理解，学者的思想、神秘的向往，骑士般的激情和英雄的热情都已合而为一，在其自我表现的那一刻，这正是律师界之精神！我确信，你们将不会令我们失望。首当其冲的是敢于冒风险。亚里士多德说，“在奥林匹克运动中，得到桂冠的不仅仅是那些最杰出、最强壮的人，所有参加比赛的人都应得到桂冠；因此，人世间，在出色的、值得尊敬的人中，那些尽职尽责的人理所当然地应当获得桂冠。”警钟已清晰可闻，它的回响正唤起巍巍群山。

和苏格拉底和其他令人讨厌的人一样，如果你们送来满盛毒药的杯子，我理所当然地将它一饮而尽。

信念和一个充满疑虑的世界

1931年11月17日，本杰明·卡多佐先生在纽约律师协会以其名义召开的年度晚宴上的演讲

主席阁下、兄弟与朋友们：

一个人只有在福星高照或功绩卓越时，才可能像我今晚一样，得到如此祝福。我心里明白，幸运是主要原因，但我依然珍惜这份祝福。

令我百思不得其解的是：为什么在我生命历程的这个特定阶段，要以我的名义召开一个晚宴。索尔兹伯里（Salisbury）爵士在当首相时，被问起是什么原因促使他将桂冠诗人的称号授予阿尔福雷德·奥斯汀（Alfred Austin）先生，而非丁尼生（Tennyson）爵士，据说他的回答是："我不知道还有其他任何人申请过这一位置。"如今看起来我也像奥斯汀先生一样喜爱这顶桂冠，然而，我请你们相信，尽管我与他一样，不如以前的其他桂冠获得者那样配得上这顶桂冠，有一点却与之不同：我非常幸运地赢得了荣誉，却未因是惟一的申请人而招致责难。相比之下，我的自主余地要大一些。我的自主余地大到我敢在接受桂冠时附加一个条件。这个条件是说，按照我的大致理解，我不过是一个傀儡代表，仅此而已，在座各位只是看看他，却毋需了解他；发言人一方面不要对其歌功颂德，另一方面我也谦卑地恳请他们不要诋毁其名誉。现在，我提出的 100 条件，只有一半得到满足。发言人没有诋毁我的名誉。然而，他们却大胆歌功颂德。我发现自己超乎想象地热衷于此。如巴特勒（Butler）博士所言，许多年前，我在政治中发现了利他主义，以前从未有人在此寻找过它。四十多年以后的今天，在我的律师与法官朋友们那里，在故乡城市的文化与阳光的代言人那里，我又发现了慷慨——过度、超出我应承受程度的慷慨。

我常常绞尽脑汁，希望具备一个贤达、精于法官所应有的品

质，只为了让自己满意，更不用说让他人满意。这是一个艰涩的话题。当一个人检视自己的工作、并试图公正地评价它时，他会有一时的幻灭，困惑不已：不知自己踏上的是正轨还是错误之路，甚或根本还未上路。一个人应当更自由些还是更保守些，或者更持之以恒地寻求一条中间路线？某项工作，一个人在完成它时，自认为已做得最好、最为理智，但在许多其他正直、能干之士看来，却似乎是一种显而易见的错误，某项他最不看好的工作，却获得了岁月的认可，智慧、明理的岁月，比短暂的时光要公正得多。你们中间的一些人可能读过《约翰·马林书信集》(The Letters of John Marin)这本非常新颖、有趣的小书，约翰·马林是个现代派画家，有些人喜爱，有些人厌烦，却令所有人都困惑不已。“可怜的人类，”他写道，“总有纰漏。感谢上帝，他永远无法创造一件完美无缺的作品。他一直心存幻想：会有那么一天，他将创作一件杰作——其实，根本没什么杰作。”同时，一种神圣的悸动激励着我们有所作为，就像冥冥中的神意，将其赋予我们以产生杰作。但如果他碰巧是一个法官，用不了多久，幻灭就会出现。在一些特定场合，我甚至想过，也许判断某一判决的好坏只存在一种标准，即批评者是否赞同它。在一个古老的希腊神话中，潘与阿波罗用长笛与七弦琴进行一场音乐比赛，弗里吉亚(Phrygia)国王迈达斯(Midas)被选来判定胜负。迈达斯将票投给了潘，于是，阿波罗把他的耳朵换成了驴耳。当我读到法律评论上的一些评论时，就会想福玻斯·阿波罗是否又淘气地玩起了他的小把戏。

我们日复一日地做着一种令人烦恼不已的游戏，我们可以确信，它令当事人心烦，但其实也令律师和法官心烦，不过，完全不惹人烦恼的游戏根本不值得一试。我努力地学习它，不过我也在学

高尔夫，有时我会十分困惑，不知对其中哪一个更懂一些，如果那些可靠的证人屈尊来到此间，就更能说明问题。天知道我已尽最大努力去发现审判到底是什么，竭力袒露我及我同僚们的心灵，告诉你们内心世界的一举一动。实际上，我发现，我法律界的朋友们持有一种相当普遍的观点：是我用一种神秘的方式创造了司法过程，导致了它的存在。在我"邪恶地"影响这一过程之前，* 它就像堕落之前的亚当夏娃。它简单、自然、自生自发，不知美德与恶行的区别，但是现在，它发现了自我，如蛇般狡诈，这狡诈的灵魂也反映在其产生的判决中。

然而你们大家一定知道，所有这些都是诽谤中伤的无稽之谈。如果我法律界的朋友们被逐出了那个他们曾经悠闲自在、无忧无虑漫游的伊甸园，放逐他们的并非法学之剑。划破他们牧歌式悠闲的那把剑，是堆砌了无数先例、不断发展演变的文明，是一种对新法哲学、新司法方法的呼唤，以在混乱中获得秩序。几天前，我读到一个英国律师克劳德·穆林斯(Claud Mullins)写的一本书，它有一个颇具煽动性的标题："寻求正义"(In Quest of Justice)。看起来司法过程需要作某些修补的观点似乎已经飘洋过海。当然事实上，认识此需求根本谈不上是一件新奇的事情——只要我们追溯法律史，这一事实非常显而易见。回首几个世纪以来的历史，我们会感受到前辈们的努力——断断续续却持之以恒——使司法过程更忠实地响应他们想要追求的目标。进步时断时续，数年和数十年的进步会跟着一段时间自鸣得意的停滞不前。即便如此，当人们抛弃懒散，猛然觉醒，也不缺乏点燃前进之火的口号。我们到哪

* 指作者写的《司法过程的性质》一书。——译注

里去找一篇演说，能比布鲁厄姆(Brougham)爵士*一世纪以前在英国下议院作的那次伟大演说更激动人心？他的演说支持了这样一个动议：应当向国王提交一份申请，请求他"建立一个委员会，以探查普通法法院所实施的英国法中因时间及其他原因产生的缺陷以及可能对此有用的补救之法。"你可以在我上文提及的穆林斯的书中找到它。演说结语是这样的："奥古都斯夸口说，他以大理石替代了罗马的砖瓦。如果我们的君主能够说，他将法律从昂贵变得便宜；从密封的书本变成了鲜活的文字；从富人的世袭罔替变成了穷人的遗产；从显示技艺与压制的利剑变成了诚信的支撑、无辜者的保护伞，那么，这将是高贵得多的夸耀。"这面指引方向的旗帜竖在我们所有人面前，或许有些华而不实，有些浮华奢侈，却令所有人感动不已。我们中间有没有骑士，能将这面旗帜交到我们的君主——人民手中，令他们说出同样的豪言壮语？

我说过，这些年，我们大洋彼岸的同行，这些比我们更习惯于墨守成规的同行，正显示出一种不安分的精神。但我不希望你们认为，在这一新的运动、新的潮流中，我们的作用只是毫无创造性的模仿。相反，我兴奋地发现了众多证据，事实表明：我们正在发展一种司法方法和我们自己的哲学，与那普通法发源之地的司法方法和哲学有很大差别，在座各位想必也有同感罢。我好奇地在《哈佛法律评论》纪念霍姆斯专刊上刊登的一篇波洛克写的短文中发现了两个重要证据。他对大师的两个判决表示了特别的钦佩与赞许，一个是 United Zinc Co. v. Brett(258 U. S. 268)一案，该判决认为土地所有人对一个非法侵人的儿童不负任何责任，除非在该

---

* 布鲁厄姆(1778－1868)，英国政治家。——译注

儿童非法进人之前，有某种危险条件诱使其侵人，另一个是 B. & 103 O. R. R. v. Goodman(275 U. S. 66)一案，该判决认为，汽车驾驶员经过一个危险的铁路交叉口时，有义务从汽车中出来，仔细张望，然而不幸的是，这个判决并没有告诉我们，该行为如何保护其避免那辆火车在受害人爬回到车里的一瞬间冲向他。可以说，我对霍姆斯的钦佩近乎于崇拜。我不能假设他在这两个案子中的意见是错误的，虽然我可以相当肯定地说，如果让大多数法院来判决的话，它们中的一个甚至两个都会有不同结果，在纽约上诉法院那里，可能也是如此。即使承认他是对的而我是错的这种可能性并非不存在，我仍觉得，波洛克挑选这两起案例来表示特别的钦佩与赞许，确实令人奇怪、值得玩味。我十分怀疑，要是将这两起案子提交到律师协会或者美国法学会的会议上，由与会律师投票表决，结果可能会非常不同。我不是说，表决将确认它们是错误的。但我可以非常确定，表决至少能确认它们存有疑义。我简直无法想象，它们会被挑选出来作为大师成功的杰作。你可以不费吹灰之力找到其他许多例子。从大师转到凡人，我想说一下我在 MacPherson v. Buick Manufacturing Co. (217 N. Y. 382) 一案中的判决意见：汽车制造商因汽车轮子的制造缺陷而致人伤害，我主张，他应当为其过错对买主之外的其他受害人承担责任。就在一两年前，波洛克非常不耐烦的将这一原则置之不理。假如只有我自己支持这一原则的价值，这种不耐烦还情有可原。然而，据我所知，它已经赢得其他许多州的认同，且被美国法学会的侵权法重述所采纳，我发现，我们已来到一个岔路口；我们设计的道路绝非一个死胡同；我们正在形成自己的技术，正在造就适应本土哲学的当代法律，不再是海外哲学的机械复制品。如果有人希望得到其他例

证,可以到一位美国学者的文章中去寻找,他是我们法律界的一员,令我们所有人高兴和尊敬的是,最近他获得了牛津大学法理学 104 的教席。在古德哈特(Goodhart)教授的这篇文章中——现已被收录到他的文集中,你会看到,一位拥有特殊机会、能观察大洋两岸司法发展轨迹的学者从中发现的不同之处。可以确定的是,我们这里对司法方法问题的兴趣陡涨。从这一轮新的骚动中,将诞生一种新的哲学,即便我们今天在座的各位都已退出了舞台,它仍将指引我们后继任的思想。

今晚,我还想与你们分享另外一个想法。我希望你们能像我一样感到神话的力量和意义。我想多说的不是关于人的神话,而是关于制度与事件的神话。你们经常会发现,无论何时,神话才是真正重要的东西,那些被认为更为重要的事件与制度,如果没有神话或寓言的外壳,则在今天几乎没有什么意义,也没有什么价值——无论它们过去曾经具有多大的意义和价值。

以《大宪章》(Magna Charta)为例。如今,大宪章所记载的文字——若按照撰写大宪章的那些人所理解的涵义来解读——对现世的人们,已不具有任何权威的作用,不具有任何令人悸动、至关重要的意义。大宪章中如今仍存活的,不过是有关它的神话——在后来人的思想里,它们所代表的,不是最初的核心,而是原先没有的外壳。

普莱克纳特(Plucknett)在其《普通法简史》中生动地表述了这一思想。"大宪章,"他写道,"变得越来越伟大,不再仅是记载封建制度的细节,它逐渐变为一个成功反对王权的象征,形成了一个基于协商、体现合理妥协的和平局面。随着时间的推移,大宪章越来越成为一个神话,不过仍然非常有力,至十七世纪,所有自由主义

的力量都聚集到它的麾下……要想破除大宪章的'神话'必须追溯它最初的历史意义，不过对所有人来说，神话比其现实要重要得105 多，至今仍有这样的说法：'整个英国宪政史'都是对大宪章的一种评注。"

我想，发生在大宪章上一切，也发生在我们宪法的许多条款上；比如权利法案，它所神圣化的精神要比它宣告保护的这种或那种特权或豁免权重要得多。其中的某一些甚至对今天仍有重要意义，其他一些则成了对古老斗争的一种遐思。包容权利法案的神话逐渐比现实更重要，或者从某种意义上讲，它成了名副其实的现实。但是，这一课并没在此结束，这个寓言还有更深刻的内容。发生在事件和文本上的一切也发生在制度上，尤其发生在与你我密切攸关的制度即法律职业上。

一个关于法律职业的神话已经形成，这种寓言或这套传统，尽管并不总是现实所见和行为所践，却依然是法律职业最重要的事情，一件赋予它价值和高贵地位的事情，一件使之真正趋于完美和真实的事情，一件它不可或缺、否则必会走向衰竭乃至死亡的事情。这个传统，这个既算一个神话也是一种真实的高贵传统，使法律职业带上了神圣的光环，将其成员与人类最关注的事务之一即尘世的正义事业结合到了一起。正如古老的大宪章只是男爵们逼宫的产物，当我们逐字逐句地阅读我们的法律时，它可能仅仅意味着那遥远时代的习俗，那消踪灭迹的古旧遗风。然而，神话依旧在，一代接一代的律师与法官，在建构正义模式的无上热情驱动下，鬼斧神工地创造了一个伟大经典的神话，一个由无数座丰碑组成的神话。

这的确可以用来解释道德在夷平先例的壁垒、确立开拓进步

之路的其他判例时所显示的地位和力量。也许直到世界末日，我们才告诉法官，他应当热爱逻辑更甚于正义：正如在恋爱关系中，直接下指令通常要比引人注意容易得多。前不久，一本启人深思的薄册子问世了，它有一个令人迷惑不解的标题："无止境的冒险"(The Endless Adventure)，讨论人类的治理问题。作者提醒我们，如其他任何事情一样，政治艺术与道德密不可分。他告诉我们，在 106 我们所有的食物中，即便是一块脆饼干，也都存在着水，而且在绝大多数食物中，水的成分要远远超过其他东西。他坚信，道德同水的情况几乎一模一样。在你我劳作的领域中沿用这一隐喻也许也是有益的。我知道道德和法律完全不同。也知道这一区别经常实际存在。对此事实，我常常感到遗憾。尽管如此，我却宁愿相信法律具有一块脆饼干的性质，无论它看起来多么坚硬、干燥，当我们咬开外壳，就有粘合固体的汁液，那可是最甜美的地方。

我们处于一个被许多人称为玩世不恭和利欲熏心的年代。有人说，这一职业正致力于追求金钱和权力。我们必须提高警惕，不要低估利他主义的活力以及随时都能释放、以回应伟大榜样召唤、紧迫需要号令的能量。尽管有这些玩世不恭和利欲熏心，只要一听到我们同行们的故事——那些活着的或死去的同行们；感受到古老神话的魔力、屈从于它的魔法，将所有卑微的事情都抛在脑后，我们至今仍会血脉贲张。

它让你我都成为这些幸福记忆的参与者。它让我们用自己的生活去证明：真实寓于神话中，而非寓于掩盖了真实、有时被误指为现实的污秽表面。

如果我今晚能带着这样的想法离去：依照我的律师界和法官界亲爱同仁们深思熟虑的判断，我已尽了一己绵薄之力来实现这

一信念，将之展示于这个充满疑虑的世界中，我会将此作为一种骄傲的记忆珍藏。有了这样的记忆，不虚我在晚宴上荣耀地做一回傀儡代表。

最后，我想再次重复一遍开场时的感激之意。就在前几天，我读到新的一卷亨利·詹姆斯给爱德华·本森（Edward Benson）的书信集。他在信的开头写道："我极易泄露真情。"这或许是一种坦白，或许在表露一种脆弱。毫无愧色地说，我也如此。

法律与文学

法律与文学

339

不时有朋友对我说，司法判决与文学无涉。这个偶像必定丑陋不堪，至少也应把它看成一个普通人。人们毫无异议和犹豫承认的判决，必定极为俭朴，不能采用动人优雅的风格。我想，许多诸如此类的批评都源于对文学，或者确切点说，对文体风格重要性的错误认识。让我们看看较为明智的见识吧。有些人已发现，极度浓缩的方式，凝练、敏锐和命令式的直截了当，这种直截了当表达了某种外在的、最高权威的声音，这些方式恰好也是文学中至高无上的美德。不久之前，斯特雷奇（Strachey）* 引用亨利·贝里（Henri Beyle）的一句格言，可以证明我的观点。那位法国小说家经常挂在口边的一句话是，"完美风格的典范只有一个，即《拿破仑法典》；只有在那儿，每句话、每个词都精确、完整地表达了人们想要说的东西。"这位可怜的人儿完全抵御不了它的魅力，竟然养成了每天早饭前都要读上几段的习惯。我并非想用这种养生法来替代每日的柔软体操。我们中的某些人喜好的文学就像口味清淡的食品。我只想提示一点，囫囵吞枣也可能别有一番风味。

如果我把这些仅仅是对艺术和文学的缺乏爱好，描述为积极的反对派，那我是在夸大其词。对律师而言，通常的态度不是积极地反对，而是一笑了之或者犬儒主义式的漠然。许多人会告诉我们，当只有实质是重要的时候，如果被形式所困扰，不过是白白浪费时间。只要有人能告诉我实质在哪儿结束，形式又从哪里开始，这也许是正确的。为了给物质世界的实质与纯粹的表象之间划一条分界线，哲学家们已经皓首穷经花费了数千年时间。我怀疑，要

340

* 斯特雷奇〔1880－1932〕，英国传记作家，评论家，以所著《维多利亚女王时代四名人传》和《维多利亚女王传》闻名。——译注

是他们试图给思想世界划一道类似的分界线,也不会更成功。形式不是添加在实质之上、一条凸起的赘饰。它们是合为一体的。不久前,我偶然读到亨利·詹姆士的通信集,在其中一封信中,他不假思索地显露出对这种企图区分不可区分事物的不耐。这是封写给当今著名小说家沃尔浦尔(Hugh Walpole)* 的信,不过当时他还默默无闻。“不要让任何人说服你——很多愚昧无知的笨蛋都想这么做——他们认为精挑细选、细致甄别不是艺术的真正本质,形式不是实质,至少没有到实质绝对离不开形式的地步。形式独立地占领着、支持着和保留着实质,使其不会陷入无望而艰涩的词语之中——沉浮其中就像沉浮于温吞无味的布丁之海。”这也是我的信念。激烈有力提出的争辩与无力的讨论之间的区别,要大于“温吞无味的布丁”和我们在胜利时分、带着所有光芒四射的荣光品尝的布丁之间的差别。形式产生的力量与形式匮乏产生的软弱,实际都具有实质的品性,都是事物特性的标志。它们使事物成为事物。

至少在这一问题上,我绝不担心遭到反对。我想,我们中的绝大部分人都会同意,在司法判决的荒野上,文学风格不仅不是一种罪恶,只要运用得当,它甚至具有积极的益处。然而,将这种胜利认同再向前推进,就会存在令人忧虑不安的条件阻碍。什么样的风格应该是得当的,或者得当的风格不仅仅只有一种? 大师们的判例中是否显示了某些方法上的一致性可以用来引导入门者? 如果无法揭示一致性,是否至少存在着某些风格的类型或标准? 如

* 沃尔浦尔[1884 - 1941],英国小说家,著有长篇小说《坚韧不拔》、《黑暗森林》等,以系列小说赫里斯家族记事《无赖汉赫里斯》、《朱迪斯·帕里斯》、《城堡》、《瓦尔萨》而闻名。——译注

果类型或标准也不存在，我们难道不能从天才的光耀中发现一些激励因素和兴趣重点，无论它们是多么游移不定或不合常规？如果在某些时候，激励因素和兴趣重点都不存在，也许会有一些反面范例可以作为告诫？

341 我想，法官文学风格的最重要优点，毫无争议，是明晰。韦德尔(Veeder)法官在一篇有趣的学术论文："一个属于法官的世纪"中，引用了布鲁厄姆对斯托韦尔(Stowell)爵士判决的评价："如果可以用明白易懂这句话来赞誉人类作品，他的判决就是。"他的继承者们如何才能达到这样的水平或接近于这样的水平？过于强调细节会丧失准确。我经常讲，一个人必须允许自己，当然是深思熟虑和特意地，留下一定错误陈述的余地。当然，他必须注意不能超越这个余地，正如医师必须小心谨慎地控制毒药的成分，微量毒药可救人一命，多一点却会致人死地。另一方面，如果一个语句附加了所有可能限定的条件，这种超负荷将使其无法被人理解。"哲学探讨"，霍姆斯在一个判决中说——我的回忆有些模糊，甚至可能不太准确——"就是概括，要概括就必须忽略。"如果同样突出重要部分与次要部分，就根本无法绘画。一个人必须知道如何进行选择。这些原则既显而易见又容易，但是，唉！一旦适用起来就变成了一种精神折磨。写下一个判决，几年之后在律师的辩护词中读到已经被分解剖析的它。你会第一次感到话语力量的有限，或者说，即使不是所有话语，也是你自己话语的局限。各种各样的隔阂、障碍和缺陷都将冲进你的眼帘，就像高尔夫球场障碍物一样无情地显露。有时，你会明白的确错在自身，在此情形下，你只能捶胸顿足，祈祷以后来解决。有时，你会感到错误源于律师愚蠢地误读了显而易见的思想，在此情形下，虽然你怨天尤人地诅咒律师以

及残缺不全的言语媒介，但至少你可以用无辜受害的情绪聊以自慰，尽管有些委屈。有时，尽管这种时候很少，你相信误读不是基于愚蠢而是恶意，你最好明智地坚持自己的看法。有时，为了争论或比喻的目的，人们会使用最不相干的文本，其间所具有的灵活性令人瞠目结舌。尽管简洁是至高无上的优点，却不是惟一追求的目标，即便它是，也是可以通过许多途径都能达到的。判决应当具有说服力，或者具有真挚和热情这样感人至深的长处，或者带着头韵和对偶这样有助记忆的力量，或者需要谚语、格言这样凝练独特的风格。忽视使用这些方法，判决将无法达到目的。在这处处都有陷阱、妨害与障碍的情况下，只有盲目轻率或漠不关心的人才不懂毕恭毕敬地研究过去的范例，作为指导或借鉴。 342

界分必定是临时性的，因为形式会相互转化。我搜寻过去记忆，发现有六种各自具备明显特征的类型或方法：权威命令型；简明扼要型；家常健谈型；优雅矫饰型，散发着智慧的芬芳，有时处于矫揉做作或夸饰文体的边缘；劝服说明型；最后一类，理发师粘合型，其以剪刀加浆糊为工具和标志而得名。

首先谈谈第一种，权威命令型，因为它最具尊严与权力。它摈弃了修饰，缺乏例证与类推。如果进行争论，它也是居高临下、急冲而至，使用三段论得出无可辩驳的论断，少有试探性地摸索以引导人们理解尚未完全辨析清楚的真理。我们聆听法律之声，由它神圣的大臣说出，带着一种源于大权在握之感的平静与确信。因而，马歇尔（Marshall）看起来尤其像法官，即使现在，当我们聆听他的讲话时，立刻会笼罩在一种安静的气氛中。他嗓子的音调仿佛充溢着教堂式的或最庄严的审判庭。司法部门，他告诉我们，“在任何案件中都没有自己的意志……司法权力的运行不是为了赋予

法官意志以效力,而总是为了实现立法机关的意志,换而言之,是为了实现法律的意志。"我们不自禁地战栗着,感知着权威启示的神秘与敬畏。马歇尔最伟大的判决都是在这种洋洋自得、冷漠无情的情绪下形成的。对观察者而言,这一由前提到结论的活动更像一件不带任何感情色彩的事情,而非一项产生于个体思维的工作。这是一种不可避免又无法抵挡的前进力量。考文(Corwin)教授在非常有趣的《约翰·马歇尔与宪法》(John Marshall and the Constitution)一书中,揭示了马歇尔的同时代人,即使最恶毒攻击他扩大联邦权力的那些人,也如何为这一幻象所触动。"全错了,全错了,"劳诺克的约翰·伦道夫(John Randolph)* 悲叹道,"但是没有一个美国人能说出为什么或错在哪儿。"我重温了马歇尔最著名的几个判决:Marbury v. Madison, Gibbons v. Ogden, McCulloch v. Maryland,它们都具有这种威严肃穆的风格。

听听 Marbury v. Madison 案中这位法官的声音吧:"如果限制条件不能约束那些被限制的人,如果被禁止的行为与获许可的行为责任相同,那么,有限政府与无限政府之间的界分将形同虚设。这是一个浅显得毋须再争论的问题:宪法约束任何与其相冲突的法案,否则立法机关就可以通过一个普通法案修正宪法。在这些非此即彼的选择中不存在中间地带……如果两个法律之间产生了冲突,法院必须决定它们的效力。因此,如果一个法律与宪法发生冲突,如果宪法与该法同时适用于一个特定案件,法院就该案作判决时,必须选择遵从法律而不考虑宪法,或是遵从宪法而不考虑法

---

* 伦道夫(1773－1833),美国众议员,参议员曾在众议院岁入委员会主席,以其辩才著称,积极支持州权主义,反对中央集权政府。——译注

律，在这些相互冲突的规则中间，法院必须决定由哪一个来规范该案件。这是司法最基本的义务。”这儿不存在任何疑问，任何辩解，任何模糊不清的边界，任何似是而非的界线。“这儿不存在任何中间地带。”法院作出的这种选择是“司法最基本的义务。”这个声音响彻天空。让邪恶聆听，令它俯首称臣！

在曼斯菲尔德爵士的一些判决中，你可以发现同样确定无疑、沉着冷静的信念。一个名叫萨默塞特(Somerset)的奴隶，在非洲海岸被俘，被押运到弗吉尼亚出售，后被其主人带到了英格兰。该奴隶为了获得人身保护令状，案件递到了曼斯菲尔德手中：“奴隶制具有这样一个特性：不可能基于任何道德或政治的理由而适用这一制度，除了在该制度产生的理由、时机以及时间已从人们记忆中消失很久以后，仍然有效的成文法。它如此遭人厌恶，除了成文法之外，人们根本无法忍受它的存在……如果法官的**判决意见**与所有原则相左，不管它们如何赫赫有名，我都将弃之不顾。被引用的**判决意见**可能遭到误解，而且无论如何，它们也都可以被丢弃。这个国家确实曾经存在过隶农制，但其在许多方面，迥然异于西印度群岛的奴隶制。无论从细致研究还是粗略估计的角度来看，封建领主永远不会给他的隶农带上镣铐，将其送到西印度群岛，然后在那儿出售，致使其劳作于矿区或甘蔗田间。无论如何，隶农制已在英格兰寿终正寝，永无复活之日。对于奴隶而言，英格兰的空气一直是纯净的，任何人都可以自由呼吸。每一个进入英格兰的人都有资格得到英国法律的保护——不管在此之前他受到怎样地压迫，也不管他的肤色是什么：‘虽然他是个黑人，虽然你是个具有选民资格的公民(Quamvis ille niger, quamvis tu candidus esses)’。让那个黑人获得自由吧。” 344

当法官意识到其权力时，就会如此说话。如果他是神圣的代言人，他就毋须证明自身的合法性。其风格与其心态结合得天衣无缝。

如我所言，没有一种方式比我所谓的权威命令型更能与尊严和权力相匹配。尽管如此，法哲学逐渐发展，倾向于运用其他更温和、更谦让的方式。法律的发展越来越多地被视为一个调适的过程。其大臣们的宣言近乎于羞怯，通过具体运作进行判断，利用事实进行实际效果的检验，得出尝试性的结论。我在布兰代斯法官提出的异议中，发现了关于这一观点的有力陈述。在赞同限制一条被确证为难以施行的规则时，他说："对以前宣布的原则做出这样限制、对判决意见做出这样明确的反对，通常是必要的。在法院紧紧追寻正确规则的探求中，这是无可回避的。发展一个规则时常要经历的吸收和排斥过程，不可能在第一次阐述时即告终止。宣告的规则必定是试探性的。其将予以适用的纷繁复杂、变幻莫测的事实，人们无法预见。修改意味着成长。这是法律的生命。"

345 如果人们不能以不断变化的风格与形式显示不断变化的观点，就无法以这种小心探求的精神面对法律。在此哲学支配之下，人们将比以往更加谨慎地对待世界，以往，我们假定自然法向我们提供的都是一些恒古不变的东西。但即使是现在，那些自信是大师的人有时也会运用权威型方法。仍然适用这种模式的情况包括：将某些确定的原则适用于新的事实，或者这些原则的扩展与限制相当明确或狭小。注意！尽管如此，只有大师，而非其他人，能够把握十足地省略中间的步骤和程序，直接得出结论。我们大多数人对自己的力量都没有把握，常受怀疑与困境的折磨，以致于有一种潜在的压力，觉得自己有必要通过类比、先例以及揭示理由来

证明每一个主张的合理性。大师们满足于说，“某些人(the elect)会理解，毋须为他人多费笔墨。”也许在霍姆斯法官的有些判决中可以发现这种语气。难以与其敏捷思维并驾齐驱的游手好闲之人会说，我们跟不上他。如果这样的话，惟一的原因是他在以巨人的步伐前进。人们毕竟不可能经常碰上巨人，对我们大多数人而言，只要不是侏儒，普通人的步伐是一种较为安全的前进方式。我们摸索着、感知着自己的道路。我们在判决中宣布的只是一种假定，而不再是一个神圣的命令。

再说一下其他类型罢，简明扼要型与家常健谈型，它们因很难区分而相互渗透。我们的法律史中，没有哪一个阶段忽视了这些方法。《法律年鉴》中充满了聪慧卓识的格言和朴实无华的说明，还有诙谐警句、一语双关以及插科打诨。运用格言或警句的这个阶段也许是法律体系处在早期发展阶段的特征。庞德院长在最近的一篇文章中，以其丰富的学识追溯了格言警句的发展与功能。如果说格言警句如今在普遍性和重要性方面有所降低，是因为法律的真理已经发展得极为复杂，以致不可能一言蔽之，然而，对简明扼要叙述风格的依靠并未完全消除，人们通过它来理解和记忆 346 那些可能被错过或遗失的东西。谁又能抵得住诺丁汉(Nottingham)爵士的恳请：“但愿我们在这儿判决的案件，在海外也能经得住人类理智的检验”？哪种铁板装甲能够抵得住诸如博文(Bowen)爵士判决的冲击：“人类智慧的程度在很大程度上就是领悟力问题”？与格言警句相邻的是家常健谈型，其借助日常经验来开伐、拓深前进之路。在运用这些武器方面，英国法官可谓得心应手。规则的效力一开始也许含含糊糊。但当法官使它呱呱坠地、又使它在世上通行，我们如何又能与之对抗呢，它是庄重、审慎的

权威命令的兄弟，我们一生都在遵循它。这种亲缘关系或许不如人们描绘得那样紧密或明显。但是，当法官温和地断言这一关系对所有人都显而易见时，我们中间又有谁会胆大妄为地怀疑其现实性呢？它们的共同特性虽静默无声却令人信服。人们认为或恰如其分地认为，与通行信仰、实践相一致或者类似的规则来源于现实。当对立面似乎要质问我们与大众的亲密度时，我们只得默许。当法官们以一种引导我们参与思考过程的方式讨论时，仍然需要对由此唤起的友谊感作一些界定。“我完全赞同我的朋友，可敬、博学的大法官。”我们似乎已经知晓了会议的秘密，那神圣不可侵犯的“秘密”，用鲍威尔(Powell)教授的话来讲，“缺乏相关知识的人永远不可能获得”。在此情形下，尽管存在指责和批评，但这一结果却渗透到我们生活的每一裂痕与罅隙。

尽管例子很多，我还是只举几个。看看布朗威尔(Bramwell)男爵怎么说：“如果某人在火车的客车厢里突然死亡，并非意味着，对其寡妇与子女而言存在一个具有表面证据就可立案的案件；如果他的口袋里有一副眼镜，他正好坐在其上，因此受了伤害，并不意味着生产该服镜的公司就要对此作出回答或解释。”再看看布莱克本(Blackburn)爵士如何说：“如果为了引导原告依其意图行事，他们故意提出一个模棱两可的说法，其中一种他们知道是错误的，而原告按照这种意思理解受到了误导，我想，他们不能以他应当按照另外一种含义行事的说法来逃避责任。如果他们用一种似是而非的含义来搪塞原告，他们可能既说谎也说真话，但我认为他们在撒谎，且构成了欺诈。”例子真是举不胜举。一张编织精密的诡辩之网，可伊雪尔(Esher)爵士在一造诉讼 Simonds 一案中简单一句话就轻轻巧巧吹散了它：法院不会允许它的官员“做卑鄙的事”。如

347

果不使用卑鄙这样的言辞，代之以不值得或者不光彩也可以表达同样的意思。但远远达不到其表达的情感强度。只有这样，我们才能体会到愤怒的热血涌上双颊的麻刺感。英国法官的判决意见无疑是一个知识的源泉，一个乐趣的宝库，充满了值得引用的妙思、蕴涵深刻的警句和可以随时适用的检验标准。

总体来讲，我们国内的法官缺乏这样的品质，尽管如此，我们仍然可以发现一个法官，他用一句话就能概括出一整篇的闪光思想，在运用此艺术上，无论是过去还是现在，他都可以与其最出色的英国同行们一争长短。一旦我引用霍姆斯法官的判决意见，我就滔滔不绝，而且，为了忠实于大师，我又不愿意抑制自己。这只是随意收集的一束麦穗，是丰富材料中未经修饰的样品，拾穗者随心收集而得。人们可以从下列一些句子里，发现他警句式风格的某些表现："第十四修正案没有破坏美国的历史，而是替代了法律中类似机械分隔的格子间，它本身就是历史的产物。""我们正面临遗忘的危险：一条比变革的宪政之路更为便利的捷径，不一定能实现公众改善公共条件的强烈愿望。""那些存在却无法履行的法定义务是法律中的幽灵，它们隐约可见，却扑朔迷离、令人把握不定。"最后来看看这段庄严的异议，因为大家都知道该理想已经失败，而对其记忆更加深刻："对我而言，对思想表达的迫害完全符合逻辑。如果你对思想的前提或者拥有的力量毫不怀疑，一心一意想寻求一个确定的结果，那么，你会很自然地在法律中表达你的意愿，扫清所有的反对意见。允许反对意见发言，或者表明你认为其言论软弱无力，就像一个人说他可以将圆的变成方的，或者表明你并非十分在意结果，或者你怀疑自己的力量和前提。当人们认识到时间已经推翻了许多曾经有力的信念之时，他们渐渐相信，即使 348

他们更相信自己行为的基础信念,通过思想的自由交流却能更好地达致其渴求的最高善——思想在市场竞争中使自身获得认可的力量是真理的最佳检验,这样的真理才是他们的意愿得以实现的惟一妥善基础。无论如何,这就是我们的宪法理论。宪法是一种试验,正如所有的生命都是一种试验一样。每年(如果不是每一天的话),我们都将获得拯救的赌注下在基于不完备知识而做出的某些预言之上。既然这种试验是我们法律体系的一部分,我想我们应当永远保持警惕:避免遏制那些我们憎恶和认为充满不祥气氛的观念表达,只有在观念表达对法律中合法而紧迫的目的构成了即时干扰的紧急威胁时,为了拯救国家,一种即时的控制才是必要的。"

优雅矫饰型,散发着些许智慧的芬芳,它是我所说的另外一种类型。它既有优点,也有危险,如果缺乏控制,它有时将倾向于过分雕琢和矫揉做作。不过如果保持在合理限度内,它会为那些需要精密准确的案件提供极大帮助。当讨论的主旨是要建构一个意349愿,带有精心设计的每一个触角,保留和突出所有细微差异和细致纤巧的修饰,我还没有发现比这更好的工具。纽约上诉法院的芬奇(Finch)法官就是一个行家,他在撰写判决时能熟练地运用这一优雅精致的文风。偶尔,它也会变成一种含混、温和的挖苦,有时被处于少数地位的人用以表达异议。让我们引证某选举争议案的异议作为例证,当时它激起了无数激烈的争执。大多数人主张,尽管宪法的条文规定,国会任何一院都有权对其组成人员的选举、辞退及其适格问题做出裁决,但如果法院根据自身对法律的理解,认为申请该类职位的原告不合格,它可以拒绝确认其资格。芬奇法官提出了异议。"因此,"他说,"我反对所谓的'援用'(Invocation)

原则，为致善而有行恶之权的原则，司法篡夺可原宥原则，同时，如果该原则在任何方面具有威胁或破坏我们法律的危险(我认为实际并非如此)，它绝对应当遭到废弃。不过，我们还是不要自欺欺人罢。司法权的扩大是无可原宥的，因为既无藉口，也无必要。”片刻之后，他生怕显露了过度的激情。结语表达了歉意与谦恭：“如果我所说的并没有说服法院的大多数人，再说什么也是多余。我已经如实指出了——怀着适当的尊重，我当然不希望缺乏这些——在我看来他们将要犯的错误。无论如何，责任与结果都应当由他们来承担。”

这种方式自有其魅力与吸引力，尽管有时人们会向往另一种更充沛、更刚强的方式。现在，来看一看我所谓的劝服说明型罢。它与权威命令型类似，然而它比后者发展的更为丰富，更为自由地运用举例、类比、历史和援用先例的方法，简言之，它采用了一种真理的科学探索者更具启发性的语气，而非高台上女祭司缅怀往事时的声调。你可以举出许多法官，他们在运用此方法上可谓赫赫有名。在我看来，查理·安德鲁斯(Charles Andrews)的工作是一个光彩夺目的例证，他当法官多年，后成为纽约上诉法院的首席法官。在一篇悼念其逝世的文章中，有些语句最好地刻画出其判决特色：“其司法风格的威严反射出其相貌的威严，他的判决从业已确立的前提坚定不移地发展到不可避免的结论。”这一方法具有清晰和明智的风格，如果运用得当，将是宣告那些思虑成熟之判决的完美中介。形式不仅仅是表皮，同时也是骨骼与组织。

我所总结的这些风格可能给人严肃和呆板的无趣印象。幽默的火花并非没有，然而如果判决书自始自终都指向幽默则是一种危险的冒险，它只能用成功来证明它的合理性，即便如此，人们对 350

它仍是毁誉参半。肖伯纳曾经讲了一个故事，有一个人，想查阅伟大博物学家布丰(Buffon)的作品，在书店里，他用浮华的词藻郑重其事地问道："请问，您这儿有闻名遐尔的布富(Buffoon)* 的著作吗?"这可把店员惊得目瞪口呆。幽默型判决的难点之一在于：一不留神就很可能从大家都喜欢的布丰变成了"闻名遐尔的布富"。令人烦恼的是，这一转变有时极为迅速，而一旦转人了一种新表述形式，那么就很难(如果在实际上并非不可能的话)翻越栅栏重新回到老路上来。当然，也有些主题，只有最坚毅的人才能讨论它们而不屈服于生就幽默感的诱惑。生活的场景很难影响法官的情绪，不过往往一只狗，一只猫，甚或是一匹马(如果是涉及马匹贸易场合的话)会引来意想不到的笑声、偶尔也掺杂着几分怜悯。

艾伦(Allen)法官有关狗的"决斗规则"(code duello)的判决总体上来说是成功的，但是它要为其他一些失败的判决承担责任。布朗威尔男爵的一个判决涉及猪的习性。由于栅栏不牢靠，逃逸的猪群给一路有轨电车造成了损害。判决是这样的：栅栏应当足以保护邻近的业主不受猪的侵扰，但并非所有的猪，而仅仅是"具有平均活力与固执"的猪。"我们所设置的，"博学的男爵说道，"并非这样一种栅栏，它如此封闭、如此坚固，以致于任何一头猪都无法挤撞出去，如此之高，以致于任何一匹马或任何一头公牛都无法跨越它。这种要求的边界无法确定，因为如果栅栏的另一边存在着具有足够诱惑力的东西的话，猪的力量足以冲破任何栅栏。但是公司有义务建造这样的栅栏：如果一头猪并不具有一种特别的

* 这里布丰(Buffon)的名字和布富(Buffoon)发音类似，该人显然是想利用这种谐音开玩笑。Buffoon 是"小丑、丑角"的意思。——译注。

游荡习性,也没有受到任何过度诱引,那么栅栏就应当抵挡得住它的冲击。"也许这一规则的幽默更多是无心的,而非有意设计的。有些人也许会同意波洛克的说法:该判决"几乎是对'理性人'这一一般观念的讽刺画。"由此,我并非想说,引人发笑的判决就一定更坏。我只是在宣扬要小心谨慎。我发现其他一些离题万里的方法比幽默的效果更差。就在距今不远的过去,法官们还通过引用诗文来装点判决。我应当遵守这种习俗,用恰当端庄的语气谈论逝去之人。

351

我已经在此附带探讨了一种精心准备的幽默。也许我应当将幽默滑稽的判决归为一种独立的类型,不过我更乐意附带地提及它,因为除了极少数的例外,我看任何一个法官都不会一以贯之地运用它。如果我们不厌其烦地挖掘,也可以从判例汇编中发现一些无意识、不自觉的幽默。我曾经从本地一个法院的判决中发掘和收集了一些此类精华,当时该法院具有自己的上诉系统,其递交的判决是如实记述的,而我的出发点也仅仅在于自娱自乐和自我陶冶。不幸的是,我的备忘录已遗失了,然而记忆中仍鲜活地留下了些许印迹。有一次,法院裁决的问题涉及到在审判过程中允许修改诉讼请求的程度。法院如此鲜释那个具有决定意义的原则:"诉讼当事人搭了一张床,用于静候审判,这张铺位不应被空闲。他们应当一直躺在那儿直到陪审团作出判决。"我想,当代诉讼法已废弃了此原则,以往,相对于其对手而言,起诉者似乎无辜地昏昏欲睡,然而现在,即使在最后一刻,他也可以从床上一跃而起,以示他保持着相当的警醒。这就是新原则,可你到哪儿去寻找一个更生动的陈述来说明旧原则——那个避免意外和仓促、满足于给法官打盹特权的原则呢?我还记得一条发给陪审团的训令,它未

被公开报道,但的确值得保留下来。"在本案中,"审判法官说道,"我相信A先生(原告的律师)所知晓的法律与B先生(被告的律师)一样多,也相信B先生所知晓的法律与A先生的一样多,但是同时我还相信,就我的审判能力而言,我所知晓的法律与他们两个加起来的一样多。"然后,对于陪审团,除了让他们根据其宣称的规352则来考虑案件的裁定与判决之外,他忘了告诉他们其他任何事情。当然,他的训令内容单薄,却阐明了一个重要的真理。我们整个司法体系都是建立诸如此类的假定之上:由博识多学的法官粗率模糊地提出琐事。这是个伟大的惯例,也是个伟大的神话,它用法院中的审判公平地替代了通过决斗或掷签的审判。即使在"终结者法院"(crowner's court),只要留意,哲学家也能找到哲学。

喔,我不应当忘了最后一类的司法风格,剪刀加浆糊型。我不想细说它所带来的厌恶感。对此,人们实在太熟悉不过了。一大串沉闷引述的后面紧跟着一段简短说明,后者表达了一个坚定的信念:就某一案件而言,判决无论是有利于原告还是被告都是一个不可避免的结果。作者表达了一种完美无缺的忠诚,他带着著作人所有的骄傲将手中的作品归入法院的卷宗,留给时间去做检验。我很高兴可以告诉大家,这一类型正在缓慢但持续地消失。该类型像干旱的荒漠,与之相比,我更偏爱另一种流行的风格,虽然有些狭促难解,但它像阳光灿烂的山峰:"我们遍查记录,并未发现错误,因而,必须花费这些代价才能确证判决。"在使用"因而"这一推理性的连接词时,其间所涉及的那种原因和结果之间关系的均衡感是多么好啊,它暗示着,其他反应迟钝一些的大脑可能将从这不容质疑的前提得出截然不同的结论。

我不过蜻蜓点水般地探讨了那些比仅仅措辞得当更为重要的

问题。在所有这些问题之外，更重要的是我们所谓的判决书建构。对事实、论据和例证进行归类，产生聚集和积累性的效果，毕竟这是法院最重要的工作。然而，在本篇论文的范围内，对如此广泛、如此复杂的问题即刻进行成功的分析只会令我绝望。绘制这样一张地图，我们需要一个更大的画架。对于要解决的问题，开篇就作一简短、几乎是摘要式的说明通常可以给人一个清晰的印象。接下来应全面阐述事实，几乎在每一个案件中，这些事实都应该经过严格遴选，挑选那些真正重要的，而非修饰性的或偶然的事实。如果能恰如其分地协调和选择这些事实，我们的结论就会自然而然、不可避免地出现，不证自明。这样的结果是否能够成功达到，判决的不同读者往往会有不同意见。为了获得恰当的视野，法官不但要征求胜诉律师的意见，更要征求败诉律师的看法。 353

提到败诉者使我注意到判决中那些异议者的声音。对学者来说，在争斗中被压制下去的少数人，其抗议与告诫不仅对法律本身具有重要影响，这些影响也同样作用于法律赖以表达的文字形式。至少，相对而言，持不同意见者不需要负什么责任。法院的代言人往往谨小慎微、踯躅不前，害怕那些鲜活的言语，高调的措辞。他会想见，一条粗心大意的法官意见，可能孕育一批毫无价值的幼芽，最终都被判决理由(ratio decidendi)一一否定，而人们会追究这些合法产物的血统。其结果就是束手束脚、丧失活力。只要误解的危险在唇边举起警告的指头，他就不敢说出任何话语。但是，异议者不这样。他把导师的地位抛在了一边，那只有在争斗使他有机会成为多数人代言人时才会重新获得。此刻，他是对狮子做最后一击的角斗士。这可怜的人因此拥有了言论自由，偶尔掺杂了少许辛酸，对于胜利者，人们往往缺乏这种宽宏大量和谨慎。

朗森(Ranssom)先生，一个法国的法官，他是塞纳河特别法庭的成员之一，二十年前，他写了一篇关于判决艺术的文章，文章里他刻画了一个法官其判决第一次被推翻时的感受。我猜想，判决被推翻的法官的精神状态在性质上应当类似于一个表达异议者的思想状态罢，尽管也许在程度上有差异。“一个真正的地方法官，”朗森先生说，“仅受他的职责、他的良心、他的智识和他的理性引导，当得知其判决没有得到维持时，他应泰然自若，毫无抱怨；他知道，上级法院得出此结论自有其理由、毫无疑问，他们获得了更多的信息，相信其有义务改变他的判决。如果他竭尽全力，但在其最隐秘 的灵魂深处，他仍然保留着这样的想法：也许无论如何，他都是正确的，那我们是否必须谴责他呢？胜利的原因取悦神，失败的原因却取悦加图*(Causa diis victrix placuit, sed victa Catoni)。”加图(Cato) 有一颗纤细的心灵，但是历史记载他从不怯于坦陈心迹，处于少数地位的法官都试图效仿他的直率。因此，从异议中，如果我们发现了一个结构有些松散、观点却深邃的思想，一个在法官判词中绝难寻到的思想，是毋须感到吃惊的。有时候，它正如我所言，带着刻薄的怀疑，不过这种情况很少。异议更准确的特性是思想、态度和措辞所具有的一种尊贵与庄严。尽管明知事业已经失败，深沉的信念和激烈的情感仍然发出最后的呼喊。以力量取胜者发出多数派的声音，它们满足于时代的喝采，而不顾虑明天会怎样。异议者与未来对话，他所讨论的是长久不衰的关键问题。拜读那些伟大的异议，例如，苛蒂斯(Curtis)法官在 Dred Scott v. Sandford

354

* 加图(234－149BC)，古罗马政治家，作家，曾任执政官，监察官等职，维护罗马传统，鼓吹毁灭迦太基，著有《史源》、《农书》等，为拉丁散文文学的开创者。——译注

一案中的意见，会感受到一种信仰的火焰与光芒，它在经历了大半个世纪的冷却之后伺机而发。这些预言家，这些殉教者们，他们的目光越过嘈杂喧闹的人群，凝望永恒。

如果我撇下判决的撰写，转而讨论法庭中的辩论，我就偏离了主题。然而，三言两语的题外话也许是可以谅解的，因为这两者之间相互关联。我经常会被问到：在上诉法院中，什么样的论辩方式最为有效？它应当长还是短，是简明扼要还是东拉西扯？是应当假定法官通晓基本的法律知识，还是应当在简短的时间里试图弥补他们早期培训的不足？是陈述法律还是陈述事实？是引经据典并分析它们，还是仅仅满足于得出结论，将分析留给研究者？当然，无论是在上诉法院或其他地方，都不存在放之四海皆准的套路。然而，如果我必须开出一个“不准做”的名单来引导新手，我要说的是，只有在极为鲜见的情况下，一个接一个地剖析判例才是明智的。这种剖析有时确有其价值，但这种场景却极为乏味、令人厌倦。在我的“不准做”中，我再加上一条：不要陈述证据的细枝末节。法官们是没有耐心倾听的，即使在听，也会忘记。不要试图去补充他们早期职业训练的不足。你的听众是铁石心肠的无神论者，轻易不会回心意转。尤为重要的是，不要喋喋不休。我记得一位律师，他现在已提升为法官了，他曾为州的一个民间部门辩护。他的辩论只持续了大概一刻钟，说完他的观点就坐下了。坐在法庭后面的听众也许没有鼓掌，但是法庭前面的观众给予了掌声——至少在精神上，既然只有这些听众享有投票权，你最好取悦他们。如果你如实地遵守了这些警戒，在判决不利的时候，也不要灰心丧气，尽管法院没有用威严的判决赞赏你的精彩努力，会给你带来额外的怨恨和苦恼。许多庄严的辩论都会碰上同样不济的命

355

运。

有时候,获准进人律师界的年轻人一定会告诉自己,最大的问题已经解决,最激烈的辩争已经结束,最佳的时机也已经终结。我也一度同样这么说过。而一旦我这么做,接下来的日子就很可能会出错。认为案件主要或者仅仅是基于本身所固有的原因而变得伟大,这是一种错误和狭隘的观点。它们的伟大来自于我们的行为。随便挑个例子,McCulloch v. Maryland 是我们历史上著名的判例之一。如果马歇尔没有给它盖上天才的烙印,我想它也许会被遗忘,甚至于它的原则都会被推翻。“他在广泛、一般的原则基础上作出的所有伟大判决,”考文教授在谈到马歇尔的成就时说,“也很容易在相对狭窄的基础上作出,但后者可能的结果是,在法庭之外,就永远不为人所知。”因此,小纠纷也需要化腐朽为神奇的力量。“对一个名副其实的会计来说,”查尔斯·兰姆(Charles Lamb)说,“经手款项的多少是无所谓的。面前微小的一便士和几千英镑他都一样喜悦。他是一个真正的演员,不论扮演的是王子还是农民,他都同样重视。”这也是法官或律师在对待自己工作时应有的356 精神。他是在解释一门科学,或者解释他试图吸收进科学去的一组真理;而这种解释的过程是一门艺术。缪斯们有时对他感到有些无聊和厌倦。他的许多工作不能让她们满意,她们有时拒绝聆听,甚至用手捂住了耳朵。但是,她们对于和谐与美的努力,有着令人惊异的辨识力,不论其作品表现得如何混乱和分散。因此,一旦工作完美完成,她们就会改颜相向,并将工作者举向空中。她们知道,通过艺术这个杠杆,即使是最卑微的主题也会得到升华。实际上,飘浮在上层空间只有很少一部分,也是精挑细选的一部分。

357

司法委员会*

* 原文为：A Ministry of Justice，这是卡多佐自己构想的一个部门，本文根据上下文含义，将其翻译为司法委员会，以区别于通译的"司法部"。

在使法律适应正义的过程中，法院没有获得它能够和应得的帮助。它们得不到帮助的原因是：在需要帮助时，没有人承担发出警示的任务。有时候，我们自己也有救济的方法，尽管并不足够。拟制（fiction）与衡平就是我们为自己铸造和应用的工具。这是一种笨拙的技术，然而，工匠的手艺却在一定程度上弥补了这种笨拙。替代拟制与衡平的立法，尽管可使这两种工具的力量与能力增殖千倍，却剥夺了我们的使用权，置于他人之手。埋人矿井的工人，救援的途径也许近在咫尺。然而，矿工只有与救援者建立了交流的渠道，才能获救。我们必须有传递消息的信使，能将危难的信息传递给那些一收到信号即可投人营救的人。如今，法院与立法机关各自为政。我们付出的代价是生产中的效率浪费和产品的粗制滥造。一方面，法官以法官造法的方式抗拒时代错误与不公，却被公正、逻辑、一贯性与仁慈这些相互冲突的激励因素分散了注意力，其产品带有这些紧张冲突的表征。另一方面，仅仅是偶然、断断续续了解法院需求与困难的立法机关，对此规则或彼规则的运行，缺乏专业、可靠、客观与系统的建议，往往东拼西凑，补了东墙，漏了西墙。立法机关与法院都在狂妄自负中昂首前进，在悄无声息中孤立无援。必须建立一个机构可以在它们之间居中调节。

358　司法委员会就是承担这种居中调节任务的一个机构。必须有这么一个人或这么一些人来承担监督法律运转、观察法律作用方式、在运转混乱时报告所需应变的义务。这不是一个新想法。在我们的学者当中，庞德院长已丰富、有力地发展了它。[1] 他还提醒

① Pound, "Juristic Problems of National Progress," 22 Am J. of Sociology, 721, 729, 731 (May, 1917); Pound, "Anachronisms in Law," 3 J. Am. Judicature Soc., 142, 146 (February, 1920).

我们,在他之前,还有其他人发现了这一需求,并竭力驱策。边沁在其宪法典草案中就有专门条款规定这样一个委员会。[1] 在威斯特贝瑞(Westbury)爵士那儿,它得到了重申。[2] 就在最近,霍尔丹爵士又一次将它提上日程。[3]“现在还没有一个这样的官员,能被恰如其分地称为专司法律事务的大臣。”[4] “诸如法律联合会(Incorporated Law Society)会长这样富有经验之人的陈述给我们留下了深刻的印象:唤起政府关注法律改革是如何困难,负责运转商事法院(Commercial Court)的那些人与商界之间的联系又是如何贫乏,有例可证,后者正因此而日益将他们的争议从这些法院的管辖权范围内撤出来。”[5] 在欧洲大陆国家,这一计划已经付诸实践。撇开这些例子和理论不谈,上诉法院的工作使我越来越强烈地感受到这一需要,需要一位官员,需要有这么一个人来观察、分类、批评和报告。我发现,判例法体系的法官们的创新能力受到羁束和限制。他们主要的路线已为先例所确定。实际上,只有在缺乏先例时,他们才能开拓新的路线,探寻新的途径。尽管如此,道路的距离和方向仍然受逻辑、类比、历史和传统等混合因素的指引,这些因素调和、缓冲了政策与正义这两种驱动力。我这么说的目的不是批评,而只是描述。我发现另一个群体——立法机关,没有这些约束,具有能够适应任何需求的革新能力,却被许多比法院问题叫嚣得更凶的问题占据了注意力,以致于对那些应当稳重、全面斟

---

① Works, IX, 597 - 612.

② I Nash, Life of Lord Westbury, 191, Pound 引文,前引书。

③ *Report of Lord Haldane's Committee on the Machinery of Government(1918)*.

④ 同上,第 63 页。

⑤ 同上,第 64 页。

酌的事情一掠而过，一叶障目。相比之下，当受到某判决不利影响
359 的利益有公认代表时，回应就很快，这些代表，尤其是某些公共官员，使得相关需求为人所知。让我们来看一个案例，该案对《工人赔偿法》(Workmen's Compensation Law)的解释揭示了立法设计中的一个缺陷。总检察长(Attorney General)立即向立法机关提起了一个修正案。我们所做的解释税法或者其他影响了国家财政的判决也都必然会产生类似的结果。这是因为在这些法律部门中，都有一个公共官员，负有批评和采取行动的义务。看到这些，我大为吃惊，不禁扼腕长叹：在人与人之间分配正义的广袤私法领域，为何没有一个看门人呢。也许，一句话就能解决问题。却无人能言。

因为在某些时候，如果我们要达成判决——至少，如果我们要在合理期限内达成它——我们得到的判决必不可能发自于心，而只能流于形式。深晓司法过程性质的那些人，必定明白多么容易就走入僵局。一个世纪或更久以前，某个法官开辟出一条道路。这一进程似乎遵循着逻辑与类推。进程出现错误或潜伏危险时，却没有公共政策或正义的里程碑发出警告。逻辑与类推诱使另一位法官走得更远。甚至这时也没有迹象表明：存在着相反或偏转的力量。也许这种力量尚未形成。无论如何，它们尚未为人所知。这条路渐入森林，愈来愈深。渐渐地，犹豫与怀疑之声四起，轰隆而至，法官们焦灼地左顾右盼，但是，起点遥不可及，视野里却无它路可寻。

法官造法的过程一次又一次将法官置于如下境地：如果还有出路，他们乐意抽身而退。然而，回头为时已晚矣。无论是否真的太晚，当大多数法官都这般认为时，结果就无甚差别了。实际上，辨别之术可能提供短暂的逃跑路线。不过当其力量用尽时，终究

会达到终点。最终,即便使用竞争性类推的所有通常工具,也徒劳无益。丑陋、过时或不公正的规则就在那儿。除了连根拔起,它不会移动半分。诅咒虽多,如果紧随其后的却是顺从,就不会有推动的作用。这儿需要一个崭新开始,除了一部成文法、一部经年累月、摧枯拉朽的作品,没有什么能提供所需的能量。但是,不公正与时代错误的害处并不限于无助的司法过程不善于掌握的那些案件。即使司法过程掌握了控制权,那也是一个长期斗争的结果,有时,为了衡平与公正,不得不牺牲逻辑与对称。收获尽管证明了牺牲的合理性,却不可能做到毫发未伤。随之而来的是确定性的丧失,后者本身就是一种社会财富。一同丧失的还有简洁与直接,当法官用纯粹学究的或言辞上的一致性联想来掩饰实质的改变,或者,掩盖改变的重要性时,虚假、不真实以及拟制的成分就在不断增多。即使克服了这些害处,要取得胜利,一场争斗仍不可少,结局如何却终是个未知数。结果,法院与司法程序都受制于一种不必要的张力,如现在的状况一样。这一机器已被开至一个断裂点,然而,一旦发生断裂,我们仍可能大吃一惊。无人承担监督这架机器或者其产品的义务,在需要修补和更换时,也无人提醒掌握机器之人,这难道不是一种天大的疏忽吗?

360

就上述所言,我无意过分渲染毁损的色彩、勾画我们法律的失败。我毫不怀疑,它的绝大部分都是合理、完善的。然而,即使最狂热的支持者也不会声称它是完美无缺的。我不想破坏它内在的力量,那种推动它发展和成长的"内在的与创造性的"(in - dwelling and creative)能量。[①] 我的愿望毋宁是释放这些能量,向它们提供空

① 2 Bryce, Studies in History and Jurisprudence, 609.

间与出路，使之健康、无拘无束的发生作用。成文法案可以做到这点，开始在一个领域，逐渐扩展到其他领域，尽管成文法不同于法典，一部又一部法案出台，材料积累起来，到时候，一部法典就成形了。法典编纂主要是一种重述。当我们步入迷途，我们需要的是改变。法典编纂是一个缓慢而艰辛的过程，如果一蹴而就，必然具有破坏性。我们需要的是某种毋需长年等待的调剂。实际上，即便完成了一部法典，也仍然需要居于法官与立法机关之间的调节361 中介，因为注释紧随法典之后，修正又紧随注释之后，这一过程永无尽头。“如其他科学一样，在政治中，也不可能将所有事情精确记载为文字；因为法案须是普遍性的，行为却会牵涉特殊性。”[1] 无论如何，现在需要的是一些不那么雄心勃勃的东西。人们需要立法做的，不是压制法官造法藉以发展的力量，而是激励它们，释放它们。我们判决的路线往往要有一打左右才行。旨在释放力量的规则，不应拘泥于细枝末节。它应使用一般性和原则性的语言，规定应用的方式和扩展的限度，一经宣布，就会由法官进行权衡，像类推、习惯、效用或正义一样，得到发展与扩展。司法过程重新被启动了，却始于一个新的起点，带着一种新的动力，朝着一个新的方向。打破一副旧镣铐，我们不会用另外一副取而代之。我们赋予法官的是自由。

除一般性说明之外，我再谈些例子。众所周知，有这么些领域，陈旧、不公正的规则束缚了法律工作者的手脚。如果法官们能够自由地改变古老的规则，时至今日，会有多少法官主张：一个签字蜡封的合同(contract under seal)不能为后来的口头协议所改变

---

① Aristotle, Politics, Bk. II (Jowett's translation).

或解除?[1] 又有多少法官会主张:第三者保存、待某种条件实现时才交受让人的契约(escrow),必须交付给第三者,而非受让人呢?[2] 还有多少会主张:如果债务人本人与债权人之间达成协议,延长债务支付时间一两天,保证人(surety)就能免除责任、无涉由此而来的损害?[3] 有多少会主张,免除一个共同侵权人(joint tortfeasor)的责任,也就免除了其他侵权人的责任? 有多少会不乐意彻彻底底地消除今日看来是累赘或陷阱的规则,而在盖印的弃权条款(release under seal)与不起诉合约(covenant not to sue)之间画出一条虚幻的界线[4]? 如果 Pinnel 一案[5] 中所涉及到的古老习惯不再被遵从,它又会生效多久? 在古老偏僻的法律之路上,Dumpor 一案[6] 又能阴魂不散、令人焦灼不安地存在多久?

我选择的都是些极端的例子,绝大多数人都可能同意我的意见。我并不认为,法官本身没有能力使这些判例发生某些改变。如果对此探询,很可能将我们引入一个充满纷争的领域,实在没有必要。无论权力是否受限,事实清楚地摆在我们面前:变化没有出现。除了这些极端的例子,其他例子的光彩就没这么耀目,获得的支持也少许多,如果没有外力的作用,迅速的改变几近无望。有时候,公正遭受的袭击是隐秘的、难以察觉的。应当祛除的精神或趋 362

① 3 Williston, Contracts, § § 1834 – 1837; Harris v. Shorall, 230 N. Y. 343(1921).

② Blewitt v. Boorum, 142 N. Y. 357,37 N. E. 119(1894).

③ N. Y. Life Ins. Co. v. Casey. 178 N. Y. 381, 70 N. E. 916(1904).

④ Gilbert v. Finch, 173 N. Y. 455, 66 N. E. 4133(1903); Walsh v. N. Y. Central R. R. Co., 204 N. Y. 58,97 N. E. 408 (1912); 参见 21 Columbia L. Rev. 491.

⑤ 5 Coke, 117; 参见 Jaffray v. Davis,124 N. Y. 164,167, 26 N. E. 351 (1891); Frye v. Hubbell, 74 N. H. 358, 68 Atl. 325(1907); 1 Williston, Contracts, § 121; Anson, Contracts, Corbin's ed., p.137; Ferson, "The Rule in Foakes v. Beer,"31 Yale L. J. 15.

⑥ 2 Coke, 119.

势往往隐藏在众多芝麻小事之中。单独来看，一种表现不足以激起良知的反抗。损害是一系列侵蚀行为长期造成的。在法律的适用和诉讼中，[①] 这样的例子不胜枚举。在另外一些时候，某条规范，尽管是错误的，却构成了过去商业行为的基石。人们已把它作为法律接受下来，忠实地奉行它。如果它切实可行，在没有补偿其赋予权利的情况下，至少有人已照此行为的可能就使得改变它们是不公正的。我们也可以在许多领域找到此类例证。一条有关遗嘱解释的规则设立了一个假定：赠与的分配应按人头（per capita）而非依家系（per stirpes）。[②] 法院曾公然指责和区分而不使用（distinguish）该规则，却并不想废弃它。[③] 在纽约，一部成文法终于使我们从镣铐中解脱出来，[④] 我们可以问心无愧地面对未来了。然而，更为平常的情况是：危害不是很明显；还有容纳不同意见的空间；有些法官仍相信现行的规则是正确的；无论如何，良知还未受到如此强烈的撼动，以致认为先例黑白颠倒，应当予以推翻。在上述诸类情况下，就需要一个超然独立的观察家，一个技艺娴熟、不偏不倚的批评者，他审视该领域的所有方面，而不像法官一样，只审视孤立的某些方面，他观察规则的运行方式，而不像法官一样，只观察它的成品，他将不断进行审视、观察、区分和比较，根据承担的职责，时刻准备提出建议、发出警告。

---

① 在诉讼程序受法院规则规范的司法领域，司法委员会影响这些规则主旨的建议应顺从于法官的意志。

② 在纽约和许多其他司法管辖区都实行我所说的这个规则。也有些司法管辖区中所实行的是不同的规则。

③ Petry v. Petry, 186, App. Div. 738, 175 N. Y. Supp. 30 (1919).227 N. Y. 621, 125 N. E. 921(1919); Matter of Durant, 231 N. Y. 41 131 N. E. 362(1921).

④ N. Y. Decedent's Estate Law, § 47a; L.1921, c. 379.

近水楼台先得月,我不经意地发现,在某些法律领域,一旦撒播了变化的种子,就可能结出丰硕的成果。我们轻轻松松就能找到好例子。我不想鼓吹此变化或彼变化,而只想强调一些具体、特殊的例证。 363

在某些司法区域,有这样一条规则:若 A 向 B 订购了一批货物,作为 B 业务继任人的 C 承担了履行义务,如果 A 相信这批货物是由 B 提供的(尽管是由无欺诈恶意的 C 提供的),故接受了货物,并保留了货物,那么,A 就不能因货物的价格或者货物的价值而对 C 提出诉讼。① 这当然不是一条到处通行的规则。在某些司法区域,它仍是一个悬而未决的问题。让我假设一下,在某个司法区域内,通行着我所说的这条规则,甚或是,在某个区域里,由于它未成定论,故仍有机会变得通行。这样一个区域,其等待立法者宣告的规则,也许与"概念法学"② 的要求不太协调,与那些道德与正义的要求倒是更一致些。许多人可能更乐意向法国民法典规定的那条原则求助:

"错误仅于涉及契约标的物的本质时,始构成无效的原因。如错误涉及当事人一方愿与之定约的他方当事人个人时,错误不成为无效的原因,但他方当事人个人被认为契约的主要原因时,不在此限。"③

---

① Boulton v. Jones, 2 H. &N. 564(1857); 1 Williston, Contracts, § 80; 参见 Boston Ice Co. v. Potter, 123 Mass, 28(1877); Kelly Asphalt Co. v. Barber Asphalt Paving Co., 211 N.Y. 68, 71, 105 N.E. 88 (1914).

② Pound, "Mechanical Jurisprudence," 8 Columbia L. Rev. 605, 608, 610; Hynes v. N. Y. Central R. R. Co., 231 N. Y. 229, 235, 131 N.E. 898(1921).

③ Code Civil, Art, 1110. 本节译文引用了李浩培、吴传颐和孙鸣岗的译本,《拿破仑法典》,商务印书馆 1996 年版,页 149——译注

即使不存在恶意，也应获得准契约的救济，[1]对这一观点，能说的还有许多。

许多司法区域还发展了这样一条规则：市政当局雇员的侵权行为，若归属于其履行或不履行法人的或所有权人的义务，则市政当局应负责任；若归属于其履行或不履行公共的或政府的义务，则市政当局不负责任，这已成为"一个通行的惯例"[2]。然而，很难划清这条分界线。

"修建一座吊桥，维持一个健康医疗中心或一个慈善机构，控制和惩罚犯罪，警察的突击行为，在市政大厅操作电梯，驾驶一辆救护车，打扫和清理街道被看成是政府的行为。打扫和清理街道，道路照明，启动电力照明设备或供水系统，维修监狱则被视为具有私法的功能。"[3]

364 尽管这条分界线还算清晰，但充其量，它也和对正义的分界线一样令人怀疑。美国最高法院质疑了这一区分。[4]最近，在俄亥俄州，它遭到了抵制。[5]然而，在许多司法区域，比如纽约，它得到先例根深蒂固的支持，推翻它的机会简直微乎其微。我不知道它在司法委员会那里命运如何。也许这个委员会将走得更远，不仅消灭市政当局的豁免权，还会消灭国家拥有的、更广泛的豁免权。[6]这儿即便不是一个应立即付诸行动的领域，至少也还是一个值得探讨的领域。

---

① Anson, Contracts, (Corbin's edition), 31; Keener, Quasi Contracts, 358 – 360.

② 34 Harv. L. Rev. 66.

③ 34 Harv. L. Rev. 67.

④ Workmen v. THE Mayor, 179 U. S. 552, 574(1900).

⑤ Fowler v. City of Cleveland, 100 Ohio St. 158, 126 N. E. 72(1919).

⑥ Smith v. State, 227 N. Y. 405, 125 N. E. 841 (1920).

还有一条法定规则：汽车或其他机动车驾驶人，如果在穿越铁路时，没有观察或聆听是否有火车，至少在没有特别理由为此疏忽辩解的情况下，他本身也有过失(contributory negligence)。我没发现这条规则有什么错误。它既公平又合理。但是某些司法区域的法院却走得更远。它们认为，乘客也具有与驾驶人相同的义务。①也就是说，一个应邀乘坐我汽车的朋友，坐在后座，当我的司机驾驶车子时，他负有主动警戒的义务，应当注意铁轨与火车，如果他将自己的安全寄托在司机的警觉上，因而兴高采烈地说些玩笑与奇闻轶事甚或沉溺于冥想的话，那么他不可能获得救济。我很难想象还会有哪条规则比这更脱离现实生活。任何人身为该假设案件里的客人时，都无法做到该规则所期望和要求的那样。首先，即便他们真的如此行为，几乎在每一种情境下，都只会适得其反；他们不断提出各种劝告，徒增混乱与惶惑。其次，除了在极其罕见的危险情况之外——他们发现了司机没有发现的危险，他们都会心安理得地认为，自己无需插手其中。赋予他们这种义务的法律，在塑造此规则时并未考虑行为的一般准则，亦即日常的惯例与信念，未考虑它所调整的普通男女的行为方式。我们必须确立一个新起点，必须建立一个现实能够合理接受的行为准则。重新研究过失法律的其他领域，我们同样可以获益。界定或试图界定一般雇主与特殊雇主区别的法律，为那些微妙的差异所困扰，其结果是混 365

① Read v. N. Y. C. & H. R. R. R. Co., 123 App. Div. 228, 107 N. Y. Supp. 1068 (1908); s.c., 165 App. Div. 910, 150 N. Y. Supp. 1108(1914), affd., 219 N. Y. 660, 114 N. E. 1081(1916); Noakes v. N. Y. C. & H. R. R. R. Co., 121 App. Div. 716, 106 N. Y. Supp. 522 (1907), 195 N. Y. 543 88 N. E. 1126(1909). 对于该合理的原则参见 Weidlich v. N. Y., N. H. & H. R. R.,93 Conn. 438, 106 Atl. 323 (1919); 31 Yale L. J. 101.

乱一片。任何法律工作者都没有把握断言，在某种特定的情况下，一种雇佣何时结束，另一种雇佣又在何时开始。被告经常作出错误选择，有失公正的例子比比皆是。

我们手头还有更明显的例子，那就是证据法。它的某些规则如此难以操作，以致生活中许多极简单的事情，诸如销售和交付货物这样再普通不过的交易，却往往变得最难以证明。以自己见闻作证的证人必须紧随销售的标的，从其发送至其抵达。律师协会的成员曾经告诉我，绝对有效的权利主张如果受到了质疑，往往会被放弃，因为必需的证人暂停商业活动带来的费用和混乱，得不偿失。如果一般商业流程中制作的会计账簿（entries in books of account）能够为初步证据，那么困难会少一些。这一假定在大体上是符合经验的。尤其在某些行业，比如银行业，会计账目的不规则性，毫无疑问是非常罕见的。至今，没有繁琐乏味的准备工作，即便是银行的会计簿也不被采纳。[①]在英格兰，许多年以来，这一主题一直由成文法调整。[②]我们国家也应作点什么来改善这一困境罢。“我们不能再让这条普通法规则的流毒波及诸如此类的案件了。”[③]

我们全身心地从事我们的职业，有时候，对规则中那些令外行人惊讶不已、甚至义愤填膺的不平和困境，恐怕反而十分迟钝。也许人们能体谅这一点。当我们年轻时、当我们还是法学院的学生

---

① Ocean Bank v. Carll, 55 N. Y. 440 (1874); Bates v. Preble, 151 U. S. 149 (1894).

② 42 &43 Vict., c. 11; Stephen, Digest of the Law of Evidence, Art. 36.

③ Rosen v. United States, 245 U. S. 467(1918).（自写了这篇文章之后，在纽约，一部已生效的成文法使情况大为改观。见 Civil Practice Act, 374a, 1928.）

时，就学到这些规则。我们看到它们被当作基本的、几乎是不言自明的真理得以重申与适用。某些时候，我们甚至因为援用了它们才赢得了官司。最终，我们毫不迟疑地将它们作为现行秩序的一部分接受下来。它们不再具有创造性，不再带给人们发现与启示的震撼。如果要我们像其他人那样认识到它们的道德属性，就需要有意识地作出努力，需要有反省的时间和反省的心态。至少，这是律师协会在进一步改革过程中有时候竟然拖后腿的原因之一。 366
卡耐基教育进步基金会（Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching）最近的一项研究成果探讨了国家法律职业的培训问题。[①]普瑞切特（Pritchett）博士在序言中说道：[②]

“在公众的观念中，普遍存在着这样一种印象：法律职业的成员们，并未通过他们的组织，在完善法律教育和促进正义方面，作出社会合理期待的贡献。”

印第安纳大学百年校庆的纪念册登载了哈佛大学法学院院长的一篇文章：《法律教育的未来》。[③]

“只要律师协会的领头人，”他说道，[④]“在使我们法律传统的材料适应二十世纪的需要方面，撒手不管，只要立法机关的立法者，在其工作中超过理所应当的程度，继续为编年史作者的话语辩护——‘他们对法律谈得越多，作的非法之事也就越多’——公众就只能从改革我们法律秩序的外部机器、华而不实的计划中寻求慰藉，徒劳地希望由此救治其内部的精神。”

---

① Bulletin No. 15, Carnegie Foundation.

② 前引文，第 xvii 页。

③ Pound, “The Future of Legal Education,” 259.

④ 前引书，第 268 页。

这些指责并不少见。我们毋须追究其合理性或者原因。对我们来讲，它们的存在足以说明问题。我们有义务设计一些机构、激励一些力量，以使上述指责今后不再出现。

那么，有什么救济方法呢？当然，不能期望这些方法、制度与科学会自动安排秩序与调整。责任必须集中于某处。我的惟一困惑在于：那一点在何处。首席检察官、州法律顾问已被其他任务压得透不过气来。他们有任期限制，既不能持续也不能永久地保有职位。他们中的许多人都是精明能干的律师，然而，这一精细的工作需要的是学者或哲学家，需要学术与哲学从法庭的争论中发现未知的、不确定的养分。然而，如果没有其他品质补充，仅仅这些品质仍不足以胜任这项工作。他们必须拥有生活的阅历以及各种事务的知识。没有一个人能将如此多样的品质集于一身。如果我367们汇集一群人的力量，使得观点能够交流、不同类型的思想与教育背景有机会得到表现，我们将获得最丰硕的成果。当然，我不会忘记联邦的、州的以及地方的律师协会、其他自发团体所做的工作。但是，这些工作尚不能满足时代所需。大多数工作批评性多于建设性。即使那些具有建设意义的工作，也零零碎碎、漫无目标。它们并未试图带着系统、全面的远见去审视整个法律领域。负责这项工作需要花费时间、精力和专心致志，对于积极从事实践的人而言，这种期望是不合常理的。那些职责不断变换的人身上，也很难发现学术和研究的习惯。即使上述的反对意见都是不合适的，这项工作也不该赋予那些自发的委员会，它们具有多重目的。如果提出相关建议的人负有公务职责，那么建议就会更具权威性，也能得到立法机关一方更普遍的支持。应当组建一个单独的委员会负责司法事务。我们必须至少起用一些官方机构，除非那些自发机

构证明了它们的能力,并且能够从事监督、警戒和清扫法律的工作——除非律师协会一跃而起,抓住良机和权力。

当然,该委员会应当如何组建并非计划的核心。我认为,委员会成员的人数不得少于五人。其中,研究机构里法学或政治学的代表不得少于两名,甚至也许应当有三名。如果该委员会的工作要想经受得住考验,我们不可能到其他地方找到委员会所必需的学者。如果可能的话,还应当有一个法官界的代表,一个或数个律师界的代表。

这样一个委员会不能仅仅依靠自己的力量来观察法律日常实施和运行。它应当从所有可利用的资源处寻找指导与建议;通过与学者商讨;通过研究法律评论、社会科学期刊和综合性学术出版物;通过调查其他司法区域(国内的和国外的)的救济方式和方法,经常获得启发。不久以前,约翰·巴塞特·穆尔(John Bassett Moore),当时他是哥伦比亚大学的教授,后来成为国际法院的法官,拟定了一个建立法学协会(Institute of Jurisprudence)的计划。[①] 它对法律的意义就像洛克菲勒协会(Rockefeller Institute)对医学的意义一样。这个协会一旦成立,应服务于司法委员会。联邦基金会(the Commonwealth Fund)已经设立了一个法律研究委员会,正开始研究应当改革的法学分支。它的研究成果将成为一个指南。大学教授正指导着每天通向有益变化的道路。耶鲁大学的博查德(Borchard)教授有关宣告式判决(Declaratory Judgment)[②] 的一系列文章,推动了一场风行于许多州的改革运动,这是法律期盼已久

368

① Report of Dean of Columbia University Law School for 1916.

② 28 Yale L. J. 1

的。[1] 哥伦比亚大学的斯通院长揭露了处理合同实际履行(specific performance)中相互救济要求的一系列判决中存在的前后矛盾以及薄弱环节。[2] 查菲(Chafee)教授在最近一篇文章[3] 中强调在确定权利诉讼(interpleader)的救济中所需要的改革。在冲突法领域,罗仁甄(Lorenzen)教授表明,那些被设想为规范合同的合法性与有效性的规则所具有的杂乱无章已到了紊乱的地步。[4] 通过商会(Chamber of Commerce)[5]的努力,不久之前,古老的仲裁法在纽约州已得到了修正,在其他许多司法区域,尽管它也需要变革,却仍保留着古老的状态。司法委员会应当处于这样一个位置:能将这些及其他类似的建议收集起来,告诉大家,哪儿需要变革。现在仅仅是偶然的、或是经过长期、恼人煽动过程的改革,将来必定经周密考虑,并迅速地得到关注。分散、无组织的力量将凝成一团、集成一点。体制与方法将取代热情与一时的突发奇想。毫无疑问,我们也要警惕两种危险:一方面,过分热情——试图做得太多;另一方面,则是迟钝——什么事都不愿做。最后,司法委员会的建议当然也仅仅只是建议。公众会了解它们。律师界和其他一些利益团体将就它们展开争论。立法机关也可能否决它们。然而,交流的途径至少是敞开的。这将打破长期的沉默。最终在行星之间架起桥梁。

369 改善的时机已经成熟。"法律具有时效性(Le droit a ses

---

① 34 Harv. L. Rev. 697.

② The "Mutuality" Rule in New York, 16 Columbia L. Rev. 443.

③ "Modernizing Interpleader,"30 Yale L. J. 814.

④ 30 Yale L. J. 565,655;31 id., 53.

⑤ Matter of Berkovitz, 230 N. Y. 261, 130 N.E. 288(1921)

epoques)”,帕斯卡曾经说,哈泽泰(Hazeltine)教授最近借以警醒我们。法律自有“潮涨潮落时”。[1] 现在,一个汹涌澎湃的季节就要来了。人们从未像今天一样坚定:法律应当实现正义的理想。让我们捡起飘浮的杂物,让水质变得纯净吧。

① H. D. Hazeltine, 1 Cambridge L. J. 1.

371

医学能为法律做些什么

1928年10月1日在纽约医学院的演讲

有人说,最早的医生是僧侣,正如最早的法官是宣布神意的统治者,是国王与僧侣的统一体。现代的学者提醒我们,对这些泛泛之谈应当有所保留,不过,他们所说还是包含了一些真理。我们的职业——你们的和我的,医学和法律——多年来泾渭分明,然而在起源时却相距不远。笼罩在这两个职业上的光环即便不是神圣的,也是超自然的。对其他人而言,我们至今仍保留着一些与生俱来的神奇品质。医生依然是奇迹的创造者,是占卜家,我们饱受病痛折磨时,会求助于他们对人体五脏六腑的认识。健康时,我们可能嘲笑他;痛苦时,却会召唤他。法官仍然是希腊的西弥斯,如果你落入他的权杖,他就会宣告你的神秘劫数。你可能听不懂他的话,他却能让你体会到它们的效果。因此,对其他人而言,我们都是神秘人物,具有人们根据其神秘性或未知性而讨好的力量。"不要说你劲敌的坏话,"塞尔登(Selden),你一定知道他是我们法学最早的圣贤之一,在《餐桌闲谈》(Table-talk)一书中说道,"不要说你劲敌的坏话,你最好对他表示赞许,这样,一旦落入他手中,他就会对你好些。西班牙人临死时就是如法炮制的;忏悔牧师为了使他悔罪,告诉他,恶魔将如何折磨堕入地狱的邪恶之人;西班牙人回应时称恶魔为主,说希望我主恶魔不要那么残忍。忏悔牧师谴责他,那位先生却说,原谅我如此称呼他,我不知道自己会落入谁的手中,万一碰上的是他,我希望他对我好点儿,因为我曾这般称赞他。"所以,法官、医生和恶魔都是一路人,至少极端情况下如此。

发表周年纪念演讲正是这样一种极端时刻。我不知道,你们 372 院长受到什么触动——也许是形成那位先生对忏悔牧师那番话的某些微弱预兆,温和却直截了当地邀请一个没有神秘行业背景的人,一个法官来作一次讲座。这已够奇怪的了,然而更奇怪的是,

那个法官竟然答应了这一召唤。回应召唤时,他还未糊涂到自负地相信,自己提供的信息值得你们耐心倾听。他也不是因为那个微弱预兆:必须博取你们欢心,以防将来某个时候,一旦缺乏其他救护,就不得不求助于你们。他没有任何企图,除了纯粹的友善,这是两个团结在共同追求下的群体——这是对秩序规则的追求,对健康和疾病规则的追究,对于个人或者社会的这种规则,我们称之为法律或规律——应有这种友善。

实际上,我越想越觉得我们两个行业联系紧密。这不足为奇。前几天,我读到一篇非常有趣的文章,是哈佛大学校长劳伦斯·洛威尔博士向校监事会提交的一份报告。他谈到了一种相当新颖的教育观念,他将其称为知识的连贯性。这一观点正在开始生根发芽:过去,人们对待科学的分类,就像对待时间本身的分类一样,往往显得过于绝对、过于纯粹;现在,我们需要更充分地认识它们,视之为大脑的一种虚构,一种纯粹助人思维的省力工具,然而,像助人思维的其他工具一样,如果忽略甚或忘却它们的起源,则会误人歧途。因此,物理学家求助于化学家,动物学家求助于生物学家,经济学家求助于政治家和社会科学学者,医学家求助于心理学家等等,如此相互交流,没有限制。“苛严的界分,”他告诉我们:“正逐渐消失,我们发现,所有学科都不易察觉地向先前泾渭分明的其他领域渗透。”类似于知识连贯性的观念正在逐渐影响法律。最近,我所在的法院有一个案子,它的明智判决求助了一个化学家的智慧;另一个则求助了一位精通机械学的人;还有一个求助了生物学家和医学家,诸如此类,不胜枚举。我想我们不可能从自己知识源泉中提供上述的智慧储备,然而,至少从理论上来讲,我们面前的诉讼当事人有权期望它,我们输出的产品品质越高、越丰富,我

373

们作为法官的功效就越大，这与我们根据实践创造理论的能力成正比。我们法律工作者越来越清楚地认识到一个真理：解决法律问题时，牵扯我们的注意力、令我们分心的，相比于法律的不确定，更多的是事实的不确定——事实才会产生法律。一旦事实真相大白，法律也就生根发芽、在阳光下茁壮成长。正如谣传中的你们一样，我们也不时铸成大错。如果在宣布判决之前，我们了解了事实，或许能避免一些最糟糕的错误。上诉法院1907年的一个判决，宣告纽约州一项禁止妇女做夜工的法案是专断、无效的。[①]1915年，经过科学家和社会工作者的调查，产生了更全面的认识，一个类似的法案在同一个法院却被认为是合理的、有效的。[②]"时至今日，法院开始明白，"如果借用我自己的话来讲，不能将法律视为孤立的或处于真空之中，宣示了指导理想社会的抽象原则，而是应视之为处于现时的框架和格局之中，如国内外经济学家和社会学家的工作所揭示的那样。[③]

说明这一问题的例子比比皆是。人们一次次地要求我们宣布那些不合理地侵犯个体自由范围的立法无效。从某种程度上来讲，每一种命令或禁令都是对自由的侵犯。除了无政府主义者，任何人都不可能拥有字面意义上的自由，但无政府主义不是法律，而是在否定法律，破坏法律。命令或禁令中哪些东西不合理地侵犯了自由，不可能通过对有效且恒久不变的形而上学原则进行推理的过程而事先得知。这依赖于人们对需要救济的损害有所了解，而了解损害（当然还包括了解消除或弥补损害的救济手段的有效 374

① People v. Williams, 189 N. Y. 131.

② People v. Schweinler Press, 214 N. Y. 395.

③ Cardozo, the Nature of the Judicial Process, p.81.

性）也就是了解事实。我们不会或者至少不总是求助于一大堆深奥的法学原则，来解决限制自由或财产的容许范围这样有关宪法限度的新奇问题。我们往往求助于生理学或者胚胎学、化学或医学，求助于某位詹纳（Jenner）*、巴斯德（Pasteur）**、菲尔绍（Virchow）***或李斯特（Lister）****，就像我们真诚而谦恭地向某位布莱克斯通和科克求教一样。当然，即使此时，我们也会试图摆正自己的位置，展示作为一个业余爱好者的谦虚。我们不以裁决相互冲突思想的法官自居。对我们而言，争议法案中的观点只要在真正的科学那里至少获得足够多的支持甚或是反对就行了。此职业或彼职业、此群体或彼群体，他们的劳动时间是否应受限制？生理学家和社会学家必能向我们提供合理解决问题的知识体系。诸如纽约上诉法院在1915年判决的People v. The Schweinler Press[⑤]一案以及联邦最高法院在1908年判决的Muller v. Oregon[⑥]一案，都显示了在其他领域学者提供了具有启发性事实时法院所作的回答。应当强制公共学校的儿童注射牛痘疫苗吗？读一读法院1904年Viemeister事件[⑦]以及一年后在Jacobson v. Massachusetts[⑧]

---

* 詹纳·爱德华（1749－1823）英国内科医生和牛痘接种法创始人。他发现天花可以通过接种牛痘来预防。——译注

** 巴斯德·路易斯（1822－1895）法国化学家，创立了现代微生物学，发明了巴氏杀菌法，并且改进了炭疽、狂犬病和禽霍乱的疫苗。——译注

*** 菲尔绍·鲁道夫（1821－1902）德国病理学家和医生，以对细胞理论的贡献和疾病研究而著名。——译注

**** 李斯特·约瑟夫（1827－1912）英国外科医生。1865年他证实了碳酸是一种有效的杀菌媒介物，可减少外科手术后由感染引起的死亡。——译注

⑤　214 N. Y. 395.

⑥　208 U. S. 412.

⑦　179 N. Y. 395.

⑧　197 U. S. 11.

一案中的回答吧。就在前几天,我所在的法院正处理一宗对家养牲畜进行结核菌素检测是否适当的案件,试验中有反应的牲畜将不幸被隔离或宰杀。[①] 科学知识构成了其他一些问题的核心,这些问题形式上是法律的,然而,据我所知,却具有最强烈的感情吁求。何谓饮料,它在何种情况下使人醉倒? 还是不要为了给出回答而撕开那古老的创口罢。

我们指望你们,研究精神和身体的学者们,提供清晰或坚实的事实作为养料,在艰难关头,为法律的肌体输送营养和活力。这在今天刑法领域里显得尤为突出。在公众心目中,刑法颇具有戏剧性,致使它格外受到关注,尽管我所在的法院受理的所有上诉案件中,刑事案件只占相当小的比例,大约百分之八到百分之十的样子。不过,从社会效果的角度来看,刑法仍具有重要作用,不能完全比照会计表格或者统计的平均值。经年累月,医生越来越在此领域显示出自己稳固的权威。如今,许多研究犯罪学的学者主张,应将宣判犯罪的所有事务从法官那儿转至医生手中。法院,包括法官和陪审团,只要去发现犯罪或无辜的事实就行了。事实查明后,由医生来掌握罪犯,决定应该如何处置他们。史密斯(Smith)州长在 1928 年提交给议会的咨文中建议由犯罪委员会研究这项改革。"我相信,"他说,"正义有时会受到阻碍,因为那些被控某项罪名的嫌犯经常会受到犯罪必受惩罚想法的影响,我建议犯罪委员会开展细致研究,对犯罪定刑方法设计一次根本性变革。当法律程序得出有罪结论之后,不是由法官依据法条确定刑罚,我更乐意看到由州羁押被判有罪的罪犯。然后,由精神病专家和专业医

375

① People v. Teuscher, July, 1928, 248 N. Y. 454.

生组成的专家委员对他们作审慎研究，专家委员会在仔细研究每个案件的所有因素之后，再确定对犯罪行为的惩罚。我明白这一根本性变革的复杂性。它甚至可能需要修改宪法。因此我建议，令人尊敬的议会，你们可以要求犯罪委员会对本提议进行审慎和适当的研究，然后就这一变革是否可取、如何才能推行提出报告。在我看来，这种处理刑事罪犯的方法显得更为现代、人道和科学。”

所提议的这种改革不是心血来潮的万能灵药，也不是仓猝出台的创新。几年前，刑法与犯罪学协会(Institute of Criminal Law and Criminology)的某委员会提出了这一建议，该协会主席是芝加哥青少年法院的法官维克托·阿诺德(Victor P. Arnold)先生。该委员会特别强调：“在所有应处以徒刑的重罪或轻罪案件中，陪审团不能决定责任问题，而只需要确定被告是否犯了该罪行，”同时，“如何对待与处理所有这些轻罪与重罪(包括惩罚在内)，即适用什么样刑罚，应当由法院与拥有适当资格、公正无私的专家根据对每个罪犯的研究来共同决定。”[1]谢尔登·格鲁克(S. Sheldon Glueck)博士的《精神分裂与刑法》(Mental Disorder and the Criminal Law)一书是近年来研究犯罪问题最精深的著作之一。他说道，[2]“如果考虑运用法社会学方法对待所有犯罪，而不管其病理状态，那么，最简单的做法似乎是：允许根据法律来宣判有罪或者无罪，正如我们今天已经在做的，但对被判有罪之人，却启用一种行政性手段(比如一个由精神病学家、心理学家、社会学家和其他专家组成的委员会)，

376

① 10 Journal Criminal Law and Criminology, p. 186; Glueck, Mental Disorder and the Criminal Law, p.45.

② Pp. 485, 486.

在法律不能有效发挥作用的地方开始运行，根据每个罪犯的具体罪行，确定适当的社会性惩罚方式是否足够以及服刑期间。”他在一篇非常有趣的文章“一个理性的刑法典”(A Rational Penal Code)中发展了这一思想，在这篇发表在《哈佛法律评论》[1]的文章中，他提出法律应当规定刑罚的最低限度，而不规定每一种犯罪情形的最高刑罚，由心理学家和医生在研究了每个案件之后，就每个罪犯作出判决(参见吉林〔Gillin〕,《犯罪学与刑罚学》〔Criminology and Penology〕, p.153)。如今欧洲大陆的某些国家，比如瑞典，对心智低下的罪犯，尽管并非精神错乱，也会让政府雇佣的心理学家对其进行检查，并在宣判之前，向法院提出建议。[2]

生化学家对内分泌腺体运行的研究在很大程度上激励了这些做法和类似的改革。即便他们的绝大多数结论仍处于猜测或假说阶段，其成果还是非常有用的，唤醒大众关注罪犯的精神状态，促使洋洋自得、尚未意识到问题存在的大多数人认识到研究的必要性以及刑罚改革的可能性。在性格被看成一种化学反应之前，我们的缺点和美德一直被归咎于身体的紊乱。“人们发现，”一位热衷于内分泌研究的学者说，[3]“正如血液循环的基本化学物质一样，内分泌及其对脑、神经系统和身体其他所有部分的影响，是本能和性格、情绪和感应、个性和脾气、善和恶的真正决定者与控制者。”这与柏拉图在《共和国》中记载的苏格拉底之言遥相呼应：“我 377

① 41 Harvard Law Review 453.

② 参见麻萨诸塞州最近通过的法律，L. 1927, c. 59. 该法要求，对任何一个被指控犯了死罪或者任何一个先前犯了重罪又重新受到指控的人，应由精神病专家对其进行检查。该法在很大程度上改变了长期以来对专家证言制度持续不断的指责；sec. 13, Mass. Law Quarterly, 38, et seq.

③ Berman, The Glands Regulating Personality, p.22.

相信，好的身体并不能因为自身的卓越而促进灵魂的善；相反，完善的灵魂却用自身的卓越使身体尽可能地完美。"过去，神职的和世俗的改革家，对罪犯进行说教式的管理、向他们灌输冗长乏味的训诫。将来会减少对罪犯的劝诫和说教，而是让其服用一定剂量的甲状腺素和肾上腺素，直至其改过自新。当善良的人们静坐家中，阅读有关抢劫和掠夺的可怕故事时，想到罪犯的身体一直处于法律监控之下时，其性格也处于再生过程中，就会安心许多。

说这些，并不表示我赞同或者反对撤销法院确定刑罚权的计划。毋需接受美德或恶行不是精神的要素、而是人体荷尔蒙的同义词这种夸张的信条，也会发现需要一种明智的改革。关于这一点，我们中的大多数人都会对杰克斯(Jacks)校长在一本颇有创见的小册子《建构性公民》(Constructive Citizenship)中的话产生共鸣——或许因为我们的无知。"我也想，"他说，"当我们的邻人以这种仁慈的方式来解释我们的缺点(而非美德)时，绝大多数人都会感到高兴，然而，几乎没人会习惯以此为自己辩白，即便那些最卑鄙的小人。当我们以此为自己辩白时，内心就会有个声音答道，'这是荒谬的'。"他所谈的是另一个更老的犯罪学原则，即美德与恶行仅仅是环境的产物；然而，他的话对美德与恶行主要为腺体之产物的观点同样适当，尽管具体案件中的不一致的确不等于反证。然而，所有这些都未切中肯綮，至少就眼下的目标而言。就像改信其他宗教的新教徒一样，发现美德与恶行是人体内分泌的同义词 378 这一新理论的人，可能做得过火了，致使一个有用的观点不堪重负。证明天才总会有某种身体变化或反应，并不能由此证明，身体发生某种变化或反应的人就是天才(参见伯特兰·罗素〔Bertrand Russell〕，《哲学》〔Philosophy〕，P.218)。不过，这丝毫未减损我的

信心：在不远的将来，生化学家、行为学家、精神病学家和刑罚学家的学说将改变整个犯罪惩罚体系。然而，试图现在就预言结构变化的趋势是徒劳无益的。我们必须保持高度的警惕，否则你们会完全将我们取而代之。你们没有听过希波克拉底的传说吗？他烧毁了克尼杜斯健康神庙的图书馆，妄图独占知识。我还说不准，事情到底会怎样，我们应该坐在你们旁边、你们之上甚或你们之下。医生可能仅仅协助法官去裁量判决，甚或是在这个问题上，将法官晾在一边。犯了某些罪行的罪犯，或者他们中的一部分人，应被监禁于我们现行的监狱体系之中，而犯了其他罪行的罪犯，所受的刑罚就不那么苛严，惩罚性也不那么强。但是，一定会有些变化。

在现行的体制下，该温和的时候往往过于苛严，该苛严的时候却往往过于温和，至少批评家如是说。现行体制是过去时代的遗迹，那时，惩罚犯罪被视为私人复仇的替代品，后者往往导致私人争斗。国王的和平，这个耳熟能详的词语仅仅意味着：一个普遍、统一的和平替代了公爵、法院或主教分别在其势力范围内维持的和平，国王在整个王国的版图内，建立了一套单一的规则体系。你们可以在波洛克一篇引人入胜的文章中找到这一过程，该文内容翔实，收集了对文物研究者弥足珍贵的丰富事例。[①] 我们摆脱了血亲复仇、族间仇杀和其他形式的私人争斗，但是在建构刑罚典时，却未忘记通过追捕与惩罚来发泄、释放复仇的情绪。我想，完全摆脱这些是不明智的。渴望复仇是一种非常真实的心理，即使它令人憎恶；国家不应忽略它，除非人性已经达到人类长期以来努力攀登从未达到的高度。完全无视这些情绪，决斗或仇杀可能又会死

379

① Pollock, Oxford Lectures, The King's Peace, p.64.

灰复燃。保安委员会(vigilance committee)与私设公堂(Judge Lynch)可能会将警察和法院抛在一旁。即便不管复仇情绪只考虑社会效果,惩罚的威胁也具有禁止的效果,这种能力是社会维持所必需的。格鲁克博士说,[①]"机械论的存在并不意味着人类缺乏能力去自觉、创造性地按照法律处罚指导自己的行为。"实际上,惩罚是必要的,它不仅可以威慑那些天生罪犯,他们具有犯罪的冲动,徘徊于善恶边缘,也可以威慑现行社会中那些从未意识到犯罪冲动的人,使他们因恐惧而远离犯罪。我们大多数人对抢劫或伪造都抱着一种轻蔑和厌恶的心态,从未将抢劫或伪造列入行为的选择范围,也永远不会将它们视为一种可能的选择。然而,从某种程度上讲,这种厌恶感毫无疑问来源于刑法的惩罚赋予这些及相似罪行的耻辱。耻辱没有了,憎恶也可能会减弱。

这些只是我的一家之言,而在大多数人眼里,现行制度,无论是它的苛严还是它的仁慈,都存在着不合理的地方。偶然涉足犯罪的人与天生罪犯(defectives)和惯犯一起服刑,在毁灭性的刑期之后,为其曾经生活过的社会所遗弃。天生罪犯或惯犯,屡教不改,在一个雷同、无实质性区别的刑期之后,重新开始他宿命的犯罪生涯。研究人类思想和身体的学者从未像今天般坚持认为,犯罪学的大多数内容都是徒劳无益的。"建立一种惩罚制度,"有位学者说道,"长时间羁押这些天生罪犯作为对其犯罪的惩罚,而他们却不能对此负责,在尚未消除困扰他们的原因时,又释放他们,这是非常愚蠢的。""对大多数罪犯(具体的比例尚有待确定)而380 言,"另一位学者说道:"将他们监禁一段时间后再释放,就像是一

① Op. cit., p. 444.

位白喉携带者被隔离了一段时间之后，又与同伴们混杂一起，传播病菌。"[1]最近，本州通过立法，开始施行某种变革，但是在大多数人看来，这些试验却过于机械、过于绝对。进步也不是不可能的，比较著名的是英国某法案已采取的方式：一种名为"防止性监禁"的灵活刑期替代了在监狱中执行的刑期，这种监禁将在一个不那么苛严的环境施行，比如怀特岛上专门设立的劳动营。[2] 从这里或者某些类似的法律体系中，可以找到犯罪学规划需要在惩罚性因素和救治性因素之间作出的一些调整。

如果我们想切实履行对我们这些天生罪犯的同伴的义务，就必须作某种形式的调整。让我们看看一个被判处死之人的一生吧。展现在面前的是一系列不可避免的情节，一个关于堕落的故事(Rake's Progress)，比贺加斯(Hogarth)[3]的任何一幅作品更让人心绪难平。从教养院、少年管教所、新新(Sing Sing)或丹尼摩拉(Dannemora)监狱直至最后的电刑。他的头上始终有只沉重的命运之手。这其实是我们的罪恶，我们刑罚体系的罪恶：当法院将他的主要经历及其思想与身体的污点都轻描淡写地载入判决时，他就成了命运的牺牲品。我想，处理这些问题不应适用单凭经验的

---

① S. W. Bandler, The Endocrines, p. 266; Berman, The Glands Regulating Personality, p. 310; Schlapp and Smith, The New Criminology, p.270.

② Gillin, Criminology and Penology, p.412; Preventive of Crime Act, 8 Edw. 7 c. 59; Halsbury Laws of England, Title Crim. L. 796.

在此领域，纽约最近通过的一个监禁法修正案允许精神病患者在刑期服满之后滞留于 Napanoch 州立的公共机构中(Prison Law, 467, 470; Laws of 1927, chap. 426)，法律(《精神保健法》)中使用的精神病的术语要比该法案中使用的同一术语要窄。可以想见，将来这些监禁规定很可能会适用于其他类型的罪犯。

③ 威廉·荷加斯(1697－1764)，英国艺术家，其讽刺画批评了当时社会上奢侈和贫穷之间的强烈反差。——译注

法则。作为一个法官，我在法律其他领域中的经验使我一般不相信单凭经验的法则。它们不过是一个懒人为了摆脱思考和判断的麻烦而采取的权宜之计。我们应当竭尽所能地进行探寻，刑罚问题，如同一般的法律问题，在实质上是独一无二的。鲍威尔(Powell)教授说，“我们必须传播如下信条：在前进的每一步上，任何信条都不能使我们摆脱选择的痛苦。”纷繁复杂、千差万别的人性，如人类的生活一样，杂乱、繁多，根本无法用一个规则来概括。对任何一个被某些统计表列人天生罪犯或惯犯行列的人，我都不想关闭他的希望之门，只要在州政府掌握他们之后，对他们大脑和381 生理反应进行的科学分析与研究给出了治愈的承诺。无论在刑罚中还是在其他任何判决中，我们永远无法完全摆脱进行个案调整这种令人烦恼的负担。

我想，无论是心理学、医学还是刑罚学都尚未达到这样的程度：能促使我们的刑罚体系实施一场行之有效的改革。在此，我们应当摸索着前进，如同我们在许多领域所做的，进展可能缓慢，而且以一种不宜察觉的方式进行。我坚信，用不了一个世纪，我们的子孙后代回顾今天的刑罚体系所产生的惊奇和憎恶，不会亚于我们听说：就在一个世纪以前英国法中还有一百六十多种罪行将被判处死刑，1801年曾有一个十三岁孩子因盗窃了一把汤勺而被绞死[1]。这些是法律史中的黑暗篇章。我们一想到它们就颤抖不已，并告诉自己，我们已经远离暴行，更仁慈、也更理智。将来对我们的评判可能没有我们自我评判时那么宽大。[2] 保留死刑这件事

① 4 Blackstone, Comm. 18; cf. However, 1 Stephen History of the Criminal Law of England. 470.

② Cf. Jung, Das Problem des Naturlichen Rechts, p.74.

情可能被下一代视为一个时代错误，正如我们现在许多人已认为的那样，一个难以忍受的不和谐之音，残酷地谴责和嘲弄着我们关于生命圣洁性的所有郑重宣告。正如英国史上的霍华德(Howard)使一个半世纪以前的监狱和隔离病院曝光在所有人面前一样，或许另一位霍华德会让我们发现整个监狱系统中的巨大耻辱与黑暗行径。我不能确定将来会怎样。我却可以确定，无论启蒙将沿着什么样的道路前进，都不会仅通过我们这一职业——法官或律师孤援无助的努力，而是通过许多职业的共同努力，包括你们中的绝大多数人在内。如果我们将四分之一个世纪前对未成年人的刑事审判与现今未成年人法庭的法官处理少年犯罪的方式相比较，就会看到变化有多大、有多快！从北卡罗林那大学《社会研究丛书》(Social Study Series)发表的赫伯特·罗(Herbert H. Lou)博士撰写的“美国少年法庭”的最新研究中，你会发现，问题都已阐述的清清楚楚。这一方法，这一人道、科学的方法，已占据领先地位，并将扩展到其他领域。我相信，你们所付出的辛劳与我们一样多。你们必须手持火炬去探索犯罪黑色的隐秘——甚至更黑暗的、罪犯自身的隐秘，接近其思想、意志和肉体的最深处。这是我们共同的战场，一个介于你们工作和我们自己工作之间的边陲之地，希望、信念和爱在此生生不息。 382

提议重构刑事审判体系基础的人，无疑是接下了一大笔订单。我们这些已度过大半辈子的人，希望呈现在我们面前的前景少一些乌托邦的成分。因而，不要把我们的精力放在遥远的将来才可能开花结果的改革上，让我着重谈一下刑法中的两个方面，即便在当前，你们行业的协助对此也将非常有用。我想，你们学院的人可能特别强调，有必要对有关谋杀的法律进行重述，尤其是两级谋杀

的区别。我想，他们强调的另一个问题可能是：如何定义为犯罪开解的精神错乱，这已成一件成年烂谷子的事儿，可是，在找到合适的解决途径之前，绝不会消失。

有关谋杀的法律，尤其是一级谋杀与二级谋杀之间的区别，乍一看，似乎仅仅涉及到的是刑法技术问题，与你们无涉，而应由法律工作者来操心。我向你们提出这个问题的原因是：精神病专家、精神病医生或心理学家有助于完善现今区分中存在的不规则，使其变得明晰与权威。

我们的法律将谋杀被分为谋杀和过失杀人，谋杀又包括两个层次，一级谋杀和二级谋杀。“当行为是蓄意和有预谋的、并以被害人或任意一个其他人的死亡为目的时，则杀死一个人的行为构成一级谋杀，除非该行为是情有可原或正当的，”还有其他一些情况也构成一级谋杀，不过对于我现在探讨的目的来说，并不重要在此不予考虑。[1]“当行为以被害人或任意一个其他人的死亡为目的，却并非蓄意或有预谋的，则该杀人行为构成二级谋杀。”[2]你看，区别就在这儿，至少从文字上来讲，显而易见。一级谋杀和二级谋杀（撇开我认为不必要陈述的例外）都要求有杀人故意，但是一个是蓄意的、有预谋的，而另一个则没有。如果不存在杀人的故意，那么，行为（也有例外）降为过失杀人。我刚才说过，从法律的表面来看，区别足够清楚。然而，当我们试图揭示蓄意或有预谋的涵义时，麻烦就来了。许多年以来，一长串判例所确定的这些词语的涵义，与其形式上具有的涵义多多少少有些不同。按照法律上

383

① Penal Law, 1044.

② Penal Law, 1046.

的蓄意和有预谋的涵义，一个人并不需要事前多少天、多少小时甚至多少分钟去计划谋杀，也不需要设伏等待敌人，或在他的食物与水中投毒。法律并没有规定在犯意和行为之间必须有特定的时间间隔。有人提醒我们，[①]人的大脑有时候运行起来出乎意料的快。法律上所要求的只是，行为并非某种即刻或突发冲动的产物。“如果(行为人)存在需要克服的犹豫或不确定，在意志和行为之间有哪怕是非常短暂的斗争，选择就是思考的结果，”即构成所谓的蓄意和有预谋，罪犯将遭受死刑的惩罚。[②]因而，在1886年判决的一个案件[③]中，被告驱赶一个非法入侵者；随着开始了争斗；被告刺中了入侵者，将后者掼到了地上；之后，他抓起了一把斧头，劈开了受害者的脑袋。挥舞长剑和斧头落下之间那段足够长的时间间隔，致使凶手被判处死刑。实际上，大致来说，根据法律的涵义，杀人的故意总是蓄意的和预先策划的，除非痛苦或怒火冲昏了头脑，以致于所作的行为几乎是对环境一种自然的或习惯性的反应——不是严格意义上的自然或习惯性反应，因为那样该行为就不可能具有任何目的，它仅仅是一种近乎于自然或习惯的反应。我想，行为主义者可能说，这儿所反映的不过是一种有条件的反射，一种后天的反应，而非自然的反应。[④]其他州的法院(比如麻萨诸塞州)确立了相同的或非常相近的原则。

我想，我们法律中的这一界分太模糊了，以致很难延伸下去。没有选择，就不可能有故意，而根据这种假设，选择本身足以证明 384

① People v. Majone, 91 N. Y. 211.

② People v. Leighton, 88 N. Y. 117.

③ People v. Beckwith, 103 N. Y. 360.

④ Watson, Behaviorism, p. 103, and cf. B. Russell, *Philosophy*, p.21.

故意是蓄意的和预先策划的这一推论。据说突然冲动构成了分界线，然而，当冲动的形成以分秒的流逝来衡量时，冲动如何才能不是突如其来的呢？数秒足以作出决定。据我的理解，冲动必须是一种转瞬即逝、不可抑制的感情或激情的产物，完全丧失了理智。然而，对于判定犯罪的程度、以决定罪犯的生与死来讲，这种比喻至少是一种飘浮不定的衡量标准。我想，以大脑为研究对象的学者，应向立法者揭示：这种法律是沿着一条不真实、有缺陷的心理学路线来制定的。如果只要存在选择，故意就一定是蓄意的和预先策划的，那么实际上，由于选择包括在对故意的假定之内，那么故意就总是蓄意和预先策划的。我们拥有的仅仅是赋予陪审团一种特权：有时故意的突发性、情感的强烈性，让人无法不对此表示同情。我不反对给予他们这种决定权，但是给予的方式应当是直接的，而不是通过让人一头雾水的语言。现行的区分如此模糊不清，以致无法合理地期望，一个陪审团在首次听到它时，就能够彻底地理解它。我也无法完全确信自己能理解它，尽管这么多年以来，我试着运用它，并勤奋地研究有关它的著作。基于这种带着含混、令人迷惑的心理学上的细微区分，已经有许多人命归黄土。我想，现在轮到你们这些对人类大脑活动具有发言权的人发话了，说一说这种区分是否实质与合理，是否应当继续适用。一些合适的委员会应当由律师协会和你们的协会组成（如果还没有存在的话），从而结合这两个职业的资源，共同探讨一下诸如此类的问题，社会将由此获益良多。

我曾经谈到过谋杀法的另一个分支，规范和定义因精神而不承担责任的法律。严格说来，这不仅仅是谋杀法的分支，同一定义也适用于其他犯罪，然而，它却经常与谋杀的问题联系在一起。我

385

们的早期法律,一直上溯到中世纪,精神错乱从来不能作为犯罪的辩护。精神错乱的杀人犯,正如因自卫杀人的人一样,可以从国王那里寻求赦免,通常也能成功。在法律上,这却不是辩护理由。渐渐地,法律本身的这种苛严减弱了。精神错乱可以作为辩护理由,但仅限于极狭窄的范围。这就是作为抗辩的所谓野兽状态。除非杀人者丧失了意志,不再具有理解力,纯粹就像一头野兽,否则无法得以开脱。接着,抗辩的限制被放宽了,尽管非常缓慢、非常狭窄。如果杀人犯的精神病使他无法区分好与坏时,他就能得以开脱。最初,这并非指特定案件中的对与错,而是一般或抽象意义上的对与错,有时据说是善与恶的区分。后来,规则朝着有利罪犯的方向发展,以致如果他没有能力理解特定行为即犯罪内容的对错不同时,即便他有能力理解通常意义上的对与错,也不承担责任。1843 年英格兰明确了这一规则,它是上议院在回答法官就著名的麦克诺顿(McNaghten)一案提出的问题时确立的,麦克诺顿(McNaghten)因谋杀德拉蒙德(Drummond)——罗伯特·皮尔(Robert Peel)先生的秘书而遭到审讯。实际的回答是这样的:"在所有的案件中,应当告诉陪审团,我们假定每一个人都是神智健全的,拥有足够的理智对他的犯罪行为负责,直到有令陪审团确信的相反证明;要成立精神错乱的辩护理由,必须清楚地证明,在犯罪时,被告由于精神病而处于缺乏理智的状态之下,不知道其行为的性质与特征,或者即便他知道,也不知道他所做的行为是错误的。"①

麦克诺顿一案所确立的标准已被纳入纽约州的成文法之中。刑法第 34 条规定:"一个人并不因白痴、低能、精神错乱或心神丧

① McNaghten's Case, 10 Cl. & F. 200.

386 失而免除刑事责任，除非能够证明，在实施受指控的犯罪行为时，他正处于缺乏理智的状态之下而(1)不知道他所做行为的性质与特征；或(2)不知道该行为是错误的。”关键不在于某种不可控制的冲动，即精神病的结果可能驱使被告作出谋杀行为。法律不关心这类辩解。[①] 法律明确规定：“当一个人知道其所从事的禁止性 行为的错误性时，即使其精神上存在实施该行为的病态倾向，也不能构成对控诉的抗辩。”[②] 如果罪犯知道行为的性质，且知道这是错误的，则当死刑是对精神健全之人的惩罚时，他也必须用生命来偿还。当然，这里也有一个含糊其辞的地方，它一定逃不过你们的法眼。知道行为的错误性是什么意思？知道由于法律禁止，故该行为是错误的，就足够了吗，还是必须知道它在道德上也是错误的？令人吃惊的是，直到 1915 年，这个问题才在纽约被提出来。一位名叫施密特(Schmidt)的牧师，被指控谋杀了一个曾经与其关系暧昧的妇女。在法庭上，他以精神错乱作为辩护。他说，他日日夜夜听到上帝之声的召唤，要他去献身和杀人。他屈服于这个召唤，因为他确信该谋杀行为是一种道德义务。主审法官认为，如果他知道行为的性质，知道该行为为法律所禁止、故是错误的，上述信念不能作为辩护理由。上诉时，这一判决被推翻了。[③] 我们判决说，根据法律定义，“错误”一词在上述情况中，涉及的是行为的道德性质，而不仅仅是法律上的禁止。如果一位母亲杀害了至爱的孩子，相信是神意召唤这一毛骨悚然的行为，对法条的其他任何解读都

---

① Flanagan v. People, 52 N. Y. 46; People v. Carpenter, 102 N. Y. 238; People v. *Taylor*, *138 N*. Y. 398.

② Penal Law, 34.

③ People v. Schmidt, 216 N. Y. 324.

会指控她犯了谋杀罪。让我插句话,施密特并未从指控的错误中获利,因为他在宣誓时承认,以精神错乱作为辩护完全是一场骗局,一种欺诈。

医生时常在法庭上抱怨,精神责任标准的适用如此狭窄和不当。但是向我们抱怨无济于事。你们应当向立法机关抱怨。在这 387 事儿上,法官没有选择余地。他们的手脚都套上了法律的镣铐。每个人都承认,对精神错乱的现行定义不符合精神活动的真实性。当然,确有杀人犯在实施谋杀时并不知道行为性质的情况。玛丽·兰姆(Mary Lamb)案是一个经典例子,玛丽·兰姆是查尔斯·兰姆*(Charles Lamb)的姐姐,她在精神错乱的情况下杀害了自己的母亲。也确有不知道行为的错误情况,例如一个母亲将她的孩子作为祭品献给上帝。然而,这些情况毕竟是比较罕见的精神错乱例子。它们将许多基于病态的强迫性冲动而行为的例子排除在外,比如偏执狂基于固定念头的冲动而实施的犯罪就有无数例。建构精神错乱的定义必须不能过于宽泛而广开规避和欺诈的方便之门,我对此种困难并非一无所知。可以想见,法律也许会说这种风险太大,为了防止欺诈之人在此特权的掩护之下逃脱责任,精神错乱者必须用他们的生命来承担责任。也可以想见,心智健全和精神错乱之间的模糊地带如此宽泛、如此混乱,以致无法对其进行准确无误的描述。我不知道,我却不愿承认科学如此无力。建立一个支配性原则或标准的努力至今仍无希望,但是情况正在好转,[②] 尽管有些地方还不完美。许多州,比如麻萨诸塞、阿尔巴马、宾夕

---

* 查尔斯·兰姆(1775－1834),英国评论家和散文家。同他姐姐玛丽·安·兰姆(1764－1847年)合写过儿童读物《莎士比亚故事集》(1807年)。——译注

② Glueck, op. cit., pp. 452, 459.

法尼亚、维吉尼亚和佛蒙特，都认识到这样的事实：精神错乱可能表现为一种不可抑制的冲动，然而，我不知道他们的刑法执行部门因此有所改变。[1]如果精神错乱的问题由一个特别组成的法庭而非一般的陪审团来判定，许多危险也许是可以避免的。对此，至少我相信：本州的医学界，研究精神活动的健康与疾病的学者，应当与法学家合作，通过科学、审慎的努力，来构建定义和管理体系，以共同实现真理与效率。如果精神错乱不能作为辩护的理由，那就让我们说得坦白点、甚至无情点儿，不要拿一个与现实相脱节的定义来嘲弄自己吧。这一方法既不符合良好的道德，也不是科学，更谈不上是好法律。我知道，人们常说，不应当将该法视为对精神错乱的定义，这很可能从技术上来说是正确的[2]。它做的，它惟一做的不过是陈述了精神病中可以免于刑事处罚的几种形式或现象。这些可能都是真的，然而在理解该条文时，你很容易体会到法律通过含意、暗示透出了一些言外之意。它让我们听到承诺，却打碎我们的希望。让我们试着增进它的科学性，最起码增进它的公正。这是法律和医学共同合作的又一个领域。

有关安乐死问题的讨论时常不期然地出现在流行杂志中。人们发出质问：当不治之症的患者，因饱受病痛的极度折磨而要求得到仁慈地解脱时，是否应当赋予医生特权使患者不带任何痛苦地离开世界。我们的法律上不存在这种特权，它回避了提早结束人们生命的问题，这种政策的形成部分是因为当时占统治地位的宗

① 参见 Commonwealth v. Cooper, 219 Mass. 1; Parsons v. State, 81 Ala. 577; Commonwealth v. DeMarzo, 223 Pa. St. 573; State v. Dejarnette, 75 Va. 867; Doherty v. State, 73 Vt. 380.

② Bulletin No. 15, Carnegie Foundation.

教规则，部分则是害怕犯错或者滥用特权。正如任何一个生命都不能被缩短，其价值也应被视为与其他任何一个人的价值相等同，无论后者是最高贵的或是最低贱的。对于未出世的婴儿而言，母亲可能具有选择的权利，然而，从婴儿出生的那一刻起，法律就将视其为社会中平等的一员。我相信，当你走过医院的病房，看到躺在你面前、形形色色的男女：丑陋的和美丽的，聪明的和愚蠢的，年轻的和年老的，快乐的和悲伤的，都同样遭受病痛折磨，有时候一定会在脑海中产生上述有关社会秩序的念头。你们也许会有兴趣听听，法律与这些问题所作的坚持不懈斗争，看看法律又是如何解决它们的。这儿有两个经典的案例：一个是 U. S. v. Holmes，发表于 1Wallace, Jr. 1；Federal cases No.15,383，由美国宾夕法尼亚东区巡回法庭审理，另一个是 Queen v. Dudley，发表于 L. R. 14 Q. B. D. 273，由英格兰王室法院审理的。最近，弗雷德里克·希克斯(Frederick C. Hicks)在一本名为《弃人》(Human Jettison)的书中，重新对霍尔姆斯(Holmes)一案的证据、律师的辩护以及法院的指控进行了全面陈述。任何一个阅读它的人都会发现这是一份关于人类社会的引人入胜的材料。霍尔姆斯是威廉·布朗(William Brown)号船的一名船员，该船在 1841 年从利物浦开往费城，船上共有 82 人，包括 17 名高级船员与船员、65 位乘客。船开出 37 天之后，撞上冰山而沉没。当时有两条救生船。一条是所谓的小工作艇，包括船长，两名高级船员，六名船员和一位乘客。六天后，正当分配的食品即将用完之际，船遇救了，船上的人员也劫后逢生。另一条更长一些的船，由大副指挥，共有 42 人，包括 33 位乘客和其他一些船员。她仅比小工作艇稍长一些，她完全超载了：男人、女人和孩子全都密密麻麻地挤在一条已开始漏水的船上，几乎一

389

动也不能动。第二天风暴袭来，危险将至，眼看船就要翻了。大副命令牺牲一部分人。这一命令由霍尔姆斯和另一个船员执行。他们抓住14个男人，在后者的抗议和哀求声中，将他们扔出了船外。两个妇人也失踪了，但是人们有理由相信，她们是因为目睹兄弟牺牲的悲惨场面而自己跳人海里的。不过，绝大多数牺牲品是男性。减少这些重负之后，船在风浪中平稳前行。次日临晨，他们发现了远处的船帆。船上的人挂起毛毯和被子，拼命挥舞。信号终于有了回音，一条船驶近，船上剩下的人都获救了。

抛弃十六个人的故事曝光于世，当初萎缩不前的许多人站出来说，这是谋杀。大副和绝大多数船员在听到逮捕的风声后销声匿迹。霍尔姆斯却来到费城，接着，被指控在公海谋杀，这是由联邦法管辖的犯罪行为。大陪审团拒绝以谋杀提起指控，而以过失杀人罪提起指控。他以此被审判和判刑。他被判监禁六个月，然而在宣判前他已服刑了9个月；也被处以罚金，后来也被赦免了。390 我想，毫无疑问，他在行为时真诚地相信，只有牺牲一部分人才能保障所有人的生命。但是这种善意并未洗清他的罪名，尽管在判刑时得到了一定的宽恕。当两个或更多的人共同碰上一场灾难时，一部分人没有权利为了拯救一些人的生命而杀死另外一些人。不存在弃人的规则。当人们被告知他们的牺牲将拯救其他人的话，总有那么一些人会选择更高尚的一种方式：投身大海。在那崇高的一刻，相信留下者将驶向安全的信念，照亮了他们面前的黑暗。如果船上的人们都没有选择这种方式，或者舍身救人的人太少，那么他们的命运应当由大海来决定。在这种时刻，谁有权选择牺牲者和幸存者呢？谁又知道，救助之船的风帆和桅杆什么时候会出现在迷雾之中呢？

二十年后，一个相似的案例被提上了英国法院。三个男人和一个小男孩乘着一条小船随波逐流。两个男人，达德利(Dudley)和斯蒂芬(Stephens)，在极度饥饿下，铤而走险，杀死小男孩、并食其肉。四天以后，他们被一条路过的船救起，抵达英格兰，并因谋杀受到审讯。审判他们的是一位资深法官，科尔里奇(Coleridge)爵士，王室法院的首席法官。陪审团宣告他们有罪，但死刑却被改判为几个月的监禁。当复仇女神激励法律宣判血肉之躯时，法律却遮遮掩掩、顾左右而言它，将复仇之剑收入鞘内。

医学已为法学做了一件事情，这件事情非常重要，以致我们在对两者关系作最精炼陈述时，也必须提到它。许多年来，医学一直强调纯粹从事研究机构的价值。你们可以在亚伯拉罕·弗莱克斯纳(Abraham Flexner)博士的《医学教育研究》(Study of Medical Education)一书中，发现医学研究史的大致框架。法律在认同这种方法和理念方面，慢了几拍，不过它最终还是认识到其价值。毫无疑问，是你们的例子使我们眼界开阔，见识大增。现在，哈佛、耶鲁、哥伦比亚、密歇根和其他大学的法学院中，研究的呼声都很高。它们正在试图培养执业者，他们有朝一日会成为或者可以说屈尊做一名法官，但是它们想更上一层楼。它们试图培养学者——真正意义上的法学家(尽管这个词语被已过度滥用)，他们将引导法律发展的方向。前不久，在促进医学发展方面贡献良多的约翰·霍普金斯大学(Johns Hopkins University)，宣布成立一个法理学院，专门致力于研究。一大群学者聚集一堂，在起始阶段，他们并不开堂授课。他们将一同苦思、切磋与探索。他们将从功能上研究法律，不仅追问此规则或彼规则是否沿袭自中世纪，而且追问此规则或

391

彼规则是否适应现代生活的需要。我们有理由相信，长久以来激励自然科学家客观调查的精神，正在遍及社会科学。我并不想认为，应当将强行移植的、缺乏习惯习俗或大众信念为基础的纯粹创新法律，看成是未来一种富有助益的治疗力量。我所害怕和希望避免的是，当法律赖以建立的惯例、习俗、信念与功利的土壤被冲洗一空时，法律仍然维持着一种有害生活。我从未对纯粹应景的无用法律抱有幻想。即使在变化发生时，最好的办法是一开始就勾画出趋势和方向的一般轮廓，而将细节的完善留给反复试错的体系，这是司法过程的精髓。我们时代一位伟大的法官说过："我们法律制度的一个独特优点在于：规则发展中经常使用的吸纳与排除过程，不能终结于规则的阐述，判决中的表达要受制于其后不可预见事实的影响。"[①] 我们千万不能牺牲这种适应力强的弹性品质，当法律原则的骨架出现软化或松弛时，它仍坚持不懈。我不认为，在胆怯与莽撞之间，或者换而言之，在学识和教条之间，可以轻而易举地寻找到一条合理的路线。疑难出现时，我更倾向于印象派作风：提示和阐述，却不界定和限制，尽管这并不总能得到他人

392 的赞同。流行的趋势可能是另一种做法，还是多数人正确吧。他们认为，印象派的神秘主义与科学的尊贵格格不入。当科学必须经过验证才有权确证其基础时，我同意上述说法。我害怕的是伪科学，缺乏论证，却深信不疑。这种精神状态，一位学识渊博的学者曾生动地形容为："一种无骨气的思考习惯，认为优柔寡断就是公平，司法态度应当回避作出判断。"[②] 大海如此狂暴，危机四伏，

---

① Brandeis, J., 在 Jaybird Mining Co. v. Weir, 一案中所持的异议，271 U.S.609.

② Dr. Figgis, Introduction to Lord Acton's The History of Freedom and Other Essays.

人们只能从一个岬角匍匐地攀援到另一个岬角。

法律和医学一样，有它错误、愚昧、迷信甚至残忍的一面。然而，如同医学一样，它从未缺乏对伟大前景的展望，对宏伟理想的想象。有时候，人们可以从古老形式与仪式中，发现蕴藏其中的制度的内在生命与意义的全部本质。不久之前，我读到郡县大陪审团至今仍采用的宣誓仪式，洋溢着古雅之美，我深切地体会到了这一点。你可以在《刑事诉讼法典》中找到它；与我们一洋之隔的英国同胞们也正使用着类似的仪式，波洛克爵士已将它的源头至少追溯到萨克森国王时代。它的恰切、优美与感人，可以媲美著名的开业医生誓言，后者与希波克拉底的名字与才华紧密相连。下文即是历经沧桑变换的宣誓："你谨当细致调查、如实陈述一切交由你处理的问题与事务；作为本州人民的律师，无论是你自己还是你同事，都应当保守秘密；你不应基于嫉妒、憎恨或恶意而控告某人，也不应基于恐惧、关爱、友谊、报答或期望而不控告某人；你谨当根据你的知识、你最佳的理解，真实地揭示所有事情。上帝保佑你！"

这些荡气回肠、真挚恳切的音符，如黄钟大吕，将我们飘忽不定的思绪带向圣洁、虔诚的仪式。我浑身战栗地聆听着。这儿，我对自己说，就在这儿，这一庄严仪式之中隐藏着法律真正的精神，没有恐惧不安，也没有乐善好施。并非她所有的群臣们都忠实于 393 其居高临下把持的、等候他们来遵从的理想。但是，这些言辞，在数世纪的尘埃与污浊之中，被不朽地保留下来，被人们诵读着。当我们失意彷徨时，它们坚定了我们的信心，当我们软弱无助时，它们给了我们力量。它们告诉我们，不管所有的失败和倒退，不管所有的恐惧与偏见，精神依然圣洁无暇。

因而，它仍是我们伟大职业的誓言，正如你们年复一年地以宣誓来保证、以行为来实践的希波克拉底誓言。

谢谢你们给我这样一个特权，在你们学院的大厅中，将这两个职业相提并论。

美国法学会

395

1925年5月1日，在美国法学会第三届年会上的演讲

这个协会的存在向世界宣告:法律中的“自由放任主义”正在或者已经与经济中的“自由放任主义”殊途同归。

努力奋进的信条,取代了摇摆于消极无为与悲观绝望之间的信条。我们不会因为悲观之声用牵强附会的例子提醒我们:即便竭尽全力也将一事无成而袖手旁观、拒绝作任何努力。态度在改变,表明人们对法律的见解在改变,发展、完善法律的过程与方法也在改变。人们以前常告诉我们:委身于历史的巨流吧,让世纪之潮将你们推向目标。这是一个宽慰人心的原则,只要历史的潮流或趋势足以胜任,懒惰的天性将使我们绝大多数人都心甘情愿地服从它。至理名言不容置疑,直到我们发现,按计划应浮出水面的时候,我们却石沉大海,当我们发现自己没有通向天堂,却只能匍匐在岩石上时,越发确定了这种怀疑。在挫折与失落之时,法学会应运而生。

自最后一次会议以来,一年过去了,经过不懈努力,我们取得了持续而稳定的进步。我不想在此次演讲中详尽介绍我们活动的细节或者全部活动的情况。你们可以在会长的报告中,找到对今日事业会有怎样辉煌未来的更全面描述,对他的老练、智慧以及自我牺牲的勤勉,协会成员都怀着一份无法估量的感激。我此刻关注的是问题的更大方面。如上次会议一样,我们应当再一次赞颂报告者及其专家和助手们完成手头工作所依凭的精神。他们展示396 了坚韧的耐性和虔诚的献身,若非他们一以贯之地坚信自己的努力促成了某种永恒不朽,就不可能具有这种精神。草案提了一个又一个、改了一稿又一稿,最终又有新异议,又需要再修改,直到受科学探究的影响少一些或者受大公无私精神的熏染少一些的人,狂躁地放弃这份工作,或者干脆要那些苛刻批评者们自己提出更

好方案来。毋需夸大,我们也知道其间遇到并已经克服的困难。一旦我们试图在脑海中再现这一计划的程序或过程时,它们就清晰地浮现出来。首先,人们需要从法院的正式宣告(pronouncement)中收集隐含在判决之中的原则或规则,发现表层尘土覆盖下的判决精神。这本身就是一项令人厌倦和痛苦的工作,尤其当显现的精神最终已经没落,是一种错误、衰竭的精神,不值得推行,以免同其他精神相遇时,腐蚀和毒化后者。然而,这还仅仅是这份劳心劳力工作的一部分。经过长时间讨论之后,你选择了自己准备支持的原则或规则,自以为理解了它。你面前仍然摆着如何用言语表达它的问题。你的视野里立即会出现模糊不定的新景观。就一种具体情形(当然只能是想象中的),避免一般化,或者胆怯地、将它们作为假说来提出,以宣告其间的对与错,这已够难的了。更困难的是,我们必须舍弃特殊情况,以权威的口气宣告一条能将特殊情况包涵在内的理性化规则,一条能将特殊情况归入其下的共同原则。

这就是协会的学者们冒险尝试的壮举。那些暂时性与实验性的规则,那些保留条款和限制条件,那些阴影和软化,是因众多埋伏而变得小心翼翼的法官在极端情况下藉以寻觅退路的方法,却不是为他们准备的。确定的形式和方法之下,法律重述的承担者只有直接面对危险,与之一决雌雄。这些直截了当的建议,无畏地挺立于光天化日之下,一无遮拦,强劲的阳光直射其上,这儿要不就是真理,要不就是谬误,没有半真半假的位置,也没有讳莫如深的真理。因为这一切,这一过程的困难成倍增加,危险成倍增加。 397
我并不认为,重述的作者一举克服了这些障碍,我也不认为,他们在处理普遍问题时可以像法官席上的同行们处理具体问题时那般

自在、安心。只有超人才有此通天之能。实际上，我宁愿相信，如果要从根本上评价其工作的基本框架或精神，至少是初稿的某些方面，那就是，在确定性、确证性与终结性应当留待时间发生作用的领域，他们却不时地进行某种探索，以寻求确定性、确证性与终结性。即使对于放在你们面前的这些重述很少遭到这种批评。然而，它却指出了一个我们必须小心避免的危险。如果我说，在决定将来法律发展的方向与趋势时，即便在法律重述完成之后，也应当给那些试探性的摸索、那些小心谨慎的试验以及那些暂时性的假说留点儿余地，它们都是司法过程的组成部分，我希望你们能理解我并非出于渴望抬高我们行业威望或权力的这一点点私心。很难设想，当处于两种不同路径之间、处于印象主义和教条主义之间的分界线时，任何一群人会一条路走到黑。大体看来，编纂的结果依然是一种值得赞赏的妥协，一项难以忘怀的成就。从我们不计其数的案例法体系中精挑细选出来的许多规则和原则，在法官意见中都不是明确宣布的规范，而只是设想与假定，只是为人所感知、而非为人所确知的东西。可以说，绝大多数法学论文也同法官意见一样，论述上的散漫影响了精确与完整。如今，这样一大批规则和原则，从它们原有的框架中遴选出来，经科学编排，通过一种明确、近乎于宣告法案的形式，得以凝练、精确和完整地陈述，几乎是破天荒的头一遭，至少从规模上讲是这样。现在，我们可以看到，我们的法律是否找到了一种表达工具，能解决或有助于解决将灵398 活性和确定性相结合的古老问题，将给我们带来法典的优点，却不过于标榜文字的绝对正确，不是将一个永远固定的形式强加于法律之上、压制其成长的趋势和力量，而是通过揭示迄今未能想见的和谐而有序，激励它们获得新生。

今天，我们将丰收的第一批成果摆在你们面前。我希望你们相信，实际的付出要远远多于你们的想象。许多条文都重写了一稿又一稿。我们给你们看的是那些已达到某种决定性标准的条文。在冲突法主题下的有四十二个条款，包括了住所地法。如果我们将初稿涉及的所有条文都拿出来，会有156条法律重述和注释，涉及管辖的基本原则、还对行政、立法，最后是司法的管辖范围作了更细致的规定——显然，这是令人头痛的问题。原本还应有七十九条规范州对税收管辖权的条文，不过，我们已决定弃之不用，因为其不在此次重述的范围之中，今后如果重述税法的时机成熟了，我们希望它们能够派上用场。合同法主题下有七十二个条款，涉及了基本定义、合同成立的基本原则，尤其是那些规范非正式合同成立的基本原则。不过，我们已进一步准备了其他一百多条重述，涉及到诸如正式合同的成立、合同上的连带契约权利与义务、非合同当事人的契约权利、权利的转让与义务的委托等内容。侵权法的条文共七十七条，涉及到人格的某些基本权利。我们已进一步准备更多条文，部分涉及到人格权的其他内容，另一部分则涉及财产权。代理法比其他主题要晚一些，现在尚未提交给你们，不过，报告人及其专家们已经取得了相当进展，他们准备了119个涉及基本问题的条文。除了上述所有内容之外，刘易斯(Lewis)博士将作一个关于商业组织(Business Association)分类的报告，表达了其在处理该问题方面最为清晰、最富有成效的观点。如果呈现在你们面前的这些东西仍不能满足你们的胃口，我们可以保证，一年后的宴会将丰盛异常，你们中的任何一个人都得饱食而归。法律的美食珍馐堆积如山，桌子都会不断发出叽叽嘎嘎之声，更不用说法协会的成员了。不过，为了那一天，还需要付出足够的窘困与

399

辛苦。

我首先要警告你们，这些窘困与辛苦既非凤毛麟角，亦非无足轻重。表面上显得最单纯不过的主题，一旦深究，却充满了神秘的火焰。自我们从冲突法入手之时，惊人之事就在门槛旁恭候了。住所意味着家，远离争论的安宁笼罩着炉边四周。如果你出席了我们的讨论会，就会与我产生同感：尽管纷争被排除在避难所之外，它却仍在咫尺间徘徊。我了解自己的家，即便在遵从重述之后，我仍准备维持家的地位，不愿意将那些不太喜欢的与之竞争的地方也称之为家。不过，我现在不像原来那么确定，对朋友们的停泊之地做出不适当的断言。你可能会想，那充其量不过是个定义问题，差别没那么重要，我们在命名的准确性问题上，过于大惊小怪、自寻烦恼。在这方面，我比你们有优势，因为我已看见后续之事，知道了故事的结局。当事件越变越复杂，我发现，定义远非一件仅仅稀奇古怪或充满幺思的东西，我们由以开始的定义造成了世间所有的差异，后者决定了我们由以结束的规则。小心啊，差之毫厘，失之千里。住所与居留地之间微小的差异，可能决定了你以继承人或者乞丐的身份开始生命之旅，等你长大成人，还将决定你的结婚或离异。我们必须紧密注视它的主张，现在正是时候。我们可以从上面吸取一个教训，我斗胆要求你们关注它，绝非仅仅因为幽默。实际上，这一教训是双重的，我们重述取得的进步越多，400 就越应意识到它的重要性以及它的双重方面。它包括对法律科学的教训与法哲学的教训。法律科学的教训是指结构取决于基础，法律的基本概念在其意象内孕育了其他概念，只有当母概念合理、清晰与完美时——这只有精确的分析才能保证，子概念才不会扭曲变形。然而还有另一个教训，一个关于法哲学的教训，或者更确

切点说是一种警示。如果基本概念具有繁殖的能力，那么在哪一点上它们应当受到控制？我们是否应当遵循其推延直到逻辑的极限？从根本上说，它们应当在何时服从于与之竞争的其他力量，即我们所谓的实用、便利、习惯、正义或纯粹奢华的多样性等力量？我不想通过指明其实际中的应用来发展这一探询。我只想向你们保证：当你们要处理某些司法管辖问题时，会发现这一研究至关重要，由此使你们更关注这一系列中的后来问题。我非常热心地思考其中某些问题，以致在几次讨论会上鲁莽地与贝勒(Beale)教授发生了激烈争论，我知道，被这样一个敌人击落马下只有荣耀，并不会丢人现眼。也许我们开始发现，我们的差异最终将在很大程度上成为一场语词之争，逻辑、公正与便利，看似隔了十万八千里，也许稍稍修改用语，就能结合在一起，和睦共处，相敬如宾。我怀疑这是其他法律分支中以前经常发生的事情中的一个典型，许多古怪而粗糙的结论，尽管被视为一个与某规则相关的概念的合法后裔，但一旦人们开始用更合理的模式来重铸该规则或概念时，这些结论很可能被看成私生子。因此，法律发展的方法可以相互制约，也就是说，公正与实用给我们提供了发现、挖掘逻辑中虚假成分的线索。然而，有趣的事情并非是解决这个或那个小争论，在某个狭窄有限的领域里适用这条或那条规则。有趣的是，你发现，从法律织布机产出的布匹，就像生活本身之布一样，纯粹是一块独立的整体；你不可能损坏或修补它的某一点，而不损坏或修补它的其他部 分；裂缝与创伤常在，光彩与辉煌亦常在，即便它们被穿梭不停的织梭远远抛下很久之后。 401

现在谈谈侵权行为法吧，我从中发现了评论的材料。放在你们面前的这一部分涉及到人格权的某些部分。如果我们按照传统

的分类方式，我们应当说这一主题涉及殴打（battery）、恐吓（assault）和非法监禁（false imprisonment）等内容。博林教授成果的重要优点在于其脱离了基于行为形式的传统分类方式，而运用了以受侵害的利益或被侵犯的权利为基础的方式。我想，陈旧的分类方式已在很大程度上阻碍并窒息了侵权行为法正常、自由的发展，其与人类不断变化的需要相协调的发展。过去的倾向是权利、义务取决于程序的限制，而非根据人类值得保护的利益来缩小或扩大。我想，当以后的成果向我们介绍更为复杂的问题时，这一新方法的价值就会越发凸显出来。不过，此时我只关注眼下这部分。如在冲突法中一样，我对法律观念的特性由后天取得、不断变化与长期积累，再次产生了一种鲜活的印象：一个法律观念，诞生之初显然极为简单，却与一个不断拓展的法律体系一起历经数世纪，不断吸收、不断汲取。当我听说，这一主题起初涉及的是殴打、恐吓以及非法监禁时，以为会是一路坦途。请你们相信我的话吧，我们踏入的乃荆棘之地，前面更有险关重重。煽人耳光似乎是个相当显而易见的事实，但是在你决定将其作为一个可诉的损害之前，你必须了解和估计各种意思保留（mental reservaion）及其他相关问题。精神因素正在不断挤入物质因素的领域。这记耳光是否是种无缘无故的冒犯？是否是为了保护生命或财产？是否事先经过许可和同意？这种许可和同意合理吗，或者，是否存在推翻同意的公共政策？甚至我们的肉体可以被虚拟地扩展，也就是说，可以将与402 人身紧密相连的东西等同于人体本身，无论是通过身体还是通过精神和思想这样无形的韧带相连。如果在处理连穴居野人也会被激怒的行为和侵害时，出现了上述类似的问题，我们就会对以后出现的困境有些认识，撇开原始人，我们还要处理那些源自一个复杂

秩序社会的错误行径:强制性联合、恶意干涉他人追求完善的机会,仇恨、贪婪和嫉妒等不计其数的伎俩。

我不知道如何阐明这些困境带来的教训及其给出的警示。它们的箴言或许就像那来自远古时代的祝福:大胆,再大胆,但不要胆大妄为。如果重述的制定者不仅想宣告以往判决已形成的法律,也想宣告未来判例将要形成的法律,那只能是人类的一时冲动。我们中那些将毕生都献给法庭或律师界的人,学会了小心谨慎与沉默寡言,甚至可能超出了必要的限度。我们懂得遮遮掩掩的措辞、模糊不清的边界以及模棱两可的界线的价值。即便现在,我也非常重视这些东西,至少在适当的场合,或者更确切点说,我非常重视掌握分寸与留有余地,这样将保留以印象派的形式与措辞存在的任何一种价值。毫无疑问,支持重述的专著还需多费力气,运用更多推理的方式,标识出决定未来法律发展的趋势与方向。我说到了重述使用的权威宣告语气。对于现行法律中确切或稳定的东西,或者获得压倒多数论据支持、可以安心选择的东西,就让我们描绘出一个确切与稳定的轮廓吧。但是对于其他情形,我们也要坦率地说:问题尚未解决,在两种相互对立的观念中选择哪一方还是留待时间来回答吧。

没有时间提醒你们注意合同法中的有趣问题了,它们就蕴含在你们手头稿子的前面几章。等到法学会同意这些章节公开发表的那一天,在合同的主观概念与客观概念及其蕴含的所有内容之间的选择就算作出了。然而,在讨论这一部分和其相关专著之前, 403 我热切希望你们注意另一个问题。在我们存续的两年内,就重述本身而言,我们已设计出一种形式、一个方法和一套技术,至少其基本特征来说不会有太大改变。不过,专著则是另一回事。为了

让人们理解支持我们结论的权威观点及相关因素，这些专著匆匆拼就——至少相比而言。你会发现，不仅专著之间相差迥异，而且还存在采用其他一些方式的可能，目前是由委员会及其成员表明自己的偏好——如果存在偏好的话。专著是否应当在范围上成为百科全书式的著作，比较所有相关的典据，全面解释现阶段法律的发展吗？它是否应当使用更多选择性的方法，挑选经典案例，既不太少，也不为贪多而不分青红皂白，足以显示并证明重述的原则与规范的合理性或者展示权威观点之间的冲突即可，并加以适当而有序的评论，萃取精华、成为研究和反思的灵丹妙药？或者最终抛开这些形式，采用对于充满困惑或争议的段落加以注释的形式，对于那些确定和没有争议的观点，则留给其他方式来证明？我对哪一种方式更好有自己的看法，尽管表达偏好比撰写一本验证实际效果的专著要容易得多。或许，我们最终将一种方式确定为现实的方式。或许在另一方面，我们发现，问题的性质对扩充或压缩有不同的需求，故应当运用各种各样的方法。我希望你们深思熟虑，以提出建议或启示，使选择变得一清二楚。

最后，我想说几句，以表达希望与感激。我们也许不可能完成所有的计划。现在下结论还太早。不过至少，我们有了一个勇敢的开始。

在斯威夫特(Swift)①的《一只澡盆的故事》(Tale of a Tub)中，那个父亲给他三个儿子每人一件新衣服作为遗产。“你们要清楚，”父亲说，“这些新衣服具有两个优点：一是只要细心穿戴，在

① 斯威夫特(1667－1745)，英国作家，讽刺文学的大师，主要作品有讽刺散文《一只澡盆的故事》，寓言小说《格列佛游记》等。——译注

你们有生之年，它们将崭新如初、完美无缺；二是它们永远都是合体的，会根据你们身体的比例而自动变长或变宽。”普通法似乎就是这样一件衣服，至少我们这般看待它。它保护的身体长大了，我们所受的教育令我们相信，衣服也将变大。实际上，它似乎真的变大了，因为它的材料富有所需的弹性。即便现在它破损而陈旧，却仍不失为一件好衣服，尽管它各部分的伸缩性并不一致，它的袖子也许有点儿短，后摆已经派不上用场，多少有些过时，而且有点长，却仍好得让人不忍丢弃。让我们像父辈们那样虔敬地补好它，再传给子孙后代吧。

405

法律之家

1930年5月26日，纽约县律师协会新的总部落成典礼上的演讲*

* 美国州以下最大的行政区称为县。——译注

法官界与律师界的同仁们：

现在，我们向毕生奉献的事业，又奉献了一个家。

这儿不是圣殿，没有宏伟庄严的拱门与柱梁，没有精雕细琢的拱顶，也没有昏暗、令人敬畏的大堂。即将栖息于四壁之间的精神守护神，太亲密、太友好，太富有人性，人们没法以她为偶像，来崇拜，来景仰。这儿也不是工厂，不是纯粹办公的大厦，不是赚取肮脏金钱的交易所，也不是集市和贸易中心。除非有一些超乎纯粹利益之外的东西在召唤、在吸引，精神的守护神才会留连在这四壁之间——才会以光临作为一种赐福、令这儿蓬荜生辉。我们的建筑师已洞悉一切，并用真与美的形式展现在敏感的目光之前。他聪明地挑选了一个象征。这个象征不是神庙，也不是市场，而是更温和、更简单、更友好，带着更多的亲和力，具有更普遍的吸引力，这个象征就是家。

因此，在这个以华盛顿熟悉的殖民风格建造、面对华盛顿做礼拜的教堂的房屋里，纽约律师界的大家庭，今天欢聚一堂，准备重温手足忠诚的古老祝福，感受来自共同奋进的激励，立下雄心壮志：永远不会让精神的守护神因为任何有损大家庭荣耀的污点而颜而扫地。

为什么少数人的努力建成了这个令大多数人满意的楼宇？是什么点燃了人们为此付出的无私激情？这种热望不纯粹是想奠定一个学者们乐意前往的图书馆的基础。法学会与阅览室已经有 406 了，如果不是为了别的目的，新建几个也只需花费目前成本的很少一部分。我们也不想建成一个俱乐部，一个纯粹娱乐的地方。如果享乐是惟一目的，群山之巅、深谷之中、溪流之畔，有更多、更合

适的地方。如果你要知道我们大楼的灵魂,必须到这些东西之外去寻找。这儿的确有图书馆、俱乐部与会议室,然而,无论是单个儿还是加在一起,它们都不是这个楼宇的关键,不是其生命的秘密。我并不是说,它的设计者对纯粹便利的东西漠不关心。为什么这么说?据可靠消息,楼顶上将有一个阁楼,当律师被法官的愚蠢弄得心力交瘁、忍无可忍时,可以到此发泄一下郁闷之气。这也是一个值得追求的目的,可我确信,使这些石头充满生命力的激情仍不源于此。正如历来许多比我更聪明的人一直做得那样,我向柏拉图去讨教,从他提出的一个永恒问题里,我似乎找到了自己的答案。"美德可以来自教化吗?"伍德布里奇(Woodbridge)博士在总结柏拉图思想时说道:"美德可以来自教化吗?教育使人为善吗?在柏拉图的书中,这个问题一次又一次地被提出来,却始终没有一个直截了当、毫不含糊的回答。当人类生活历经机缘巧合和沧海变迁,它仍作为一个问题,一个人类的永恒问题留了下来。"

当然,教育意味着许多事情,这样一个建筑就是我们对柏拉图永恒问题的一个当代回答。教育源于书本,也源于生活;既源于独自冥想,也源于三人同行;教育需要研究学习,而榜样的教育力量甚至更大。问一问从大学毕业出来的任何一个年轻人,在其以后的生活中,哪一方面的教育最为重要。我相信,最重要的通常不是那些屈指可数的知识,那些从学校的教课书中获得的知识,而是被重塑的价值观,它们源自同德高望重的思想家(在世的或亡故的)的交流。母校所给予的绝不只是一个毕业证。成为律师界一员的含义也绝不止有权获得许可去签署案情摘要或者装腔作势地辩论。

这个法律之家已经建立,并秉承这种信念现在开放。对!它

建起了,开放了,并秉承着这样的信念:我们律师界的这个伟大集 407 合体,由于背负着永远向善的重担,有时显得反应迟钝、运转不灵,不过,一旦同事之谊的潜移默化作用点燃了群体的活力,其从里到外,都会为蓬勃发展的深刻思想和崇高理念所激越。这个家庭让我们所有人感到,自己是一个古老世系的一部分,在维护了世系的正直时,感到骄傲与诗意,在其遭受强夺或玷污时,感到羞耻和被嘲弄。在这个人人平等的家庭里,谁愿意丧失跨入门槛的特权?一旦感到这个家就是他自己的遗产——关于这个家的记忆和传统似乎如我所言正以新的形式出现,在因其存在而变得辉煌灿烂的大厅里,得以具体化、为人所瞩目,他完全可以将这些记忆和传统视为自己的——此时,谁又会玷污和亵渎这些遗产呢?

一种崭新、强烈的亲情关系正在产生,它用一根家庭的带子将我们联合在一起、团结在一起,与任何没有共同家庭、共同集合地或者共同关注和共同活动中心的关系相比,这种关系要紧密得多、永久得多。这儿,还产生了一种社团责任感,当我们行业的荣誉在书本中或现实里受到尖酸的挖苦或恶意的攻击时,它会使我们所有人感到刺痛,就像自己受到了侵犯。迪斯累里(Disraeli)* 通信集里就有一个现成的例子:那封写给查理·奥斯汀(Charles Austin)的著名信件,后者指责他在一次选举中试图贿赂投票人。"人们告诉我,"他写道,"简直不可能指望奥斯汀先生会对那些鲁莽的诽谤负责任,这甚至是不切实际的妄想,因为奥斯汀先生从事着一个受人尊敬的职业,谁给钱就说什么话显然是该职业的首要原则。这

* 迪斯累里(1804-1881),英国首相,保守党领袖、作家,写过小说和政论作品,其政府推行殖民主义扩张政策,发动侵略阿富汗及南非的战争。——译注

一原则使谎言横行而不受惩戒，还被巧妙地冠以一切为了当事人的口号，好像与一切为了邻人的口号存在天壤之别似的。"

这个处心积虑的无礼攻击延续了这么多年！即使现在，这些话似乎仍在耳边嗡嗡作响，让人浑身战栗、惊魂不定！你可能感到奇怪，如今的人们，有那么多人从这些嘲弄声中找到共鸣。你可能感到奇怪，有那么多人从中发现可供嘲弄的素材，更恶劣的是，以日常的流言蜚语对此添油加醋。你可能感到奇怪，有那么多人不是用我们的最佳状态而是用最差的一面来评判我们，并将只应针对少数人的轻蔑与谴责一股脑地撒在我们所有人的头上。此时此地，在这个新大厦的揭幕仪式上，在这个法律之家的成立庆典上，让我们重新树立洗清这些羞辱的决心，以事实来证明它们的荒谬，证明我们无愧于所继承的力量与机遇。

408

谈到继承的遗产，这是一个怎样的遗产！它的影响牵涉方方面面！又包涵着多少奇闻轶事！整个知识王国，几乎都是我们这个磨房加工的对象。有时候，真理就藏在意想不到的地方和角落。我喜欢翻阅老书，发现律师执业的许多方式都可以上溯到遥远的世纪之前，哪怕是最时髦的律师所表现出来的习惯与怪僻。我们重蹈先辈们的覆辙，就像儿孙们重现祖辈的步态与习惯。在遥远的古希腊，诉讼当事人背诵着曾因滔滔雄辩而获奖的职业雄辩家为之起草的演说辞。如果你翻开多布森(Dobson)* 的《希腊演说家》(The Greek Orators)，你将发现，一个愁眉不展的诉讼当事人谦恭地细数自己贫乏的辩解或说服能力，向陪审团苦苦哀求，希望他

* 多布森(1840 - 1921)，以轻松诗著名的英国作家。其轻松诗用传统的法国诗体，如八行两韵等回旋体写成。——译注

们对更有经验、更有天赋的对方当事人的辩解与说服保持警惕。为什么说这些？你可以在法庭开庭期的任何一天，走进纽约的城市法院（除非从我执业以来已经发生了很大变化），你可以从当事人那里听到相同的争论，如果你告诉他们这是希腊阿提卡的方式，他们会感到万分诧异。就在前几天，我读到了西塞罗的一篇演讲的简译本，这番演讲为阿奇埃斯（Archias）而作，曾得到修辞学家的盛赞，这个狡猾的老讼棍，认为只要能营造一个有利于当事人的气氛，就能起到作用，因此成篇累牍的全是些不相干的、旁支末节的话语。他既不说理，也不涉及争议的问题，就像有时候（即使现在也存在着相同的情况），一个过份热情的演说者会出现离题万里的情况，然而，欢筵的主人却没有约束住他，使他切中肯綮，我这样形容法庭里的法官，但愿不算失礼罢。这种缺点屡见不鲜，贵族精神的最终软弱而已。更为屡见不鲜的是，罪犯，甚至清白无辜的人，都存在一种根深蒂固的倾向：乐意将论题从自己身上转移开来，把矛头指向原告的行为、动机和名望，那所有麻烦的源泉。你可以从最著名的演说辞中找到这种冲动的例证。德摩斯梯尼（Demosthenes）[1]在关于王权的演说中，将检察官骂得体无完肤，似乎他们具有所有邪恶的品性，至少在开庭律师看来，地方检察官也继承了类似品性。毫无节制的冗长演讲，也是一个积重难返的恶习。不知何时起，法官就开始与这一恶习作徒劳无益的斗争了，他们奖赏那些言简意赅的人，同时也对饶舌啰嗦予以惩戒，但都收效甚微。不久以前，有人给我看一份法院指令，那是三百年以前由衡

409

① 德摩斯梯尼，希腊演说家，他的成名主要基于勉励雅典市民起来反抗马其顿国王腓力二世的一系列演讲。——译注

平法院作出的，该指令下令一篇冗长啰嗦的答辩状的起草人，脖上挂着那份答辩状，围着法院转圈，并处以罚金。我们现在的处罚方式没有这么严厉了，但是，如果那位气势汹汹的大法官仍健在的话，我可以向他提供一些案情摘要，与这些案情摘要相比，那份招来他怒火的答辩状只能算是一篇小品文，一个无辜的小册子。你们知道，以前我所在的法院，对于不服判决而提出的上诉，每一方当事人的辩护时间通常有两小时之多。幸运的是，几乎很少律师运用这一特权，因为大家都普遍持有这样一种观点：在上诉法院，这个时间限制是一个小时。最近，我们修改了规则，使之与通行的理解相协调。我知道，在其他州，比如宾西法尼亚，时限甚至更短，然而，无论是法院还是公正的理想都未因此而受损，尽管没人告诉我，这些律师赖以飞翔的翅膀被剪到什么程度将给他们带来苦恼。有时我甚至心血来潮地想去完全遏制他们。不过，在他们的热情中，有一些迷人的东西，一些富有人性、值得人敬爱的东西，尽管可能让人感到一点点厌烦。即使他们真的离了主题，也永远不会像德摩斯梯尼和西赛罗做得那样明目张胆、发挥得如此淋漓尽致。

当我仔细掂量这些事情：法庭辩论的狂热，其间蕴含的激情，胜败的意义——不仅关系到辩护律师的收入，更重要的是，关系到他的自尊、他的声望以及他对所尽义务的理解；这种友爱的团体精神令我惊叹不已，我想，至今为止，这种精神一直激励着法律职业——彬彬有礼的态度、幽默诙谐的性情以及荣辱不惊、处之泰然的心境，都在日常工作中体现出来。特别让我印象深刻的是，律师界与法官界之间亲切友好、慷慨宽容的关系。“我们淡视快乐，”一个英国的随笔作家在描述其同胞时如是说，“但是，也笑对困境。”或许，这也可以作为对律师精神的一个不坏的总结。我们法官一直

作的事情，可能令你们非常失望。在那些势均力敌（closely balanced）的案件中我们所宣布的判决，可能令兢兢业业的律师界人士数月甚至数年的心血毁于一旦。如果无视现实而抽象地看待这种情形，人们也许会猜忖，对抗、愤怒的情绪将长期蔓延在这两个敌对的阵营之间。事情不是这样！如果我们确实以一种理智而诚挚的适当方式从事日常的工作，将获得友谊作为回报，实际上，可能不仅仅是友谊，它还带着一种我们只能称之为关爱的感情色彩。作为一位法官，我可以说，它至少在我们心中激起了一种关爱的回应。

我们这个职业的成员历来永远不可能适应大众口味。或许，这就是在处处孕藏迫害和压制之时，他们却倾向于紧密团结的原因之一。每一个乌托邦王国，从柏拉图到威尔斯（H. G. Wells）*，几乎都具有一个特征：那儿没有律师的立足之地。在我们这个新世界，殖民时代及其之后，这一古老的敌意自然也没有销声匿迹。不久，在殖民法律史博物馆中——那是我们律师界的米斯奈斯（Maecenas）**今天允诺的馈赠，你就可以发现所有相关记载。这种敌意并不是模棱两可或遮遮掩掩的。不久前，在重读洛威尔的书信集时，我偶然发现了下面这段话。它选自洛威尔 1782 年写的《一个美国农夫的信》（The Letters of an American Farmer）。“律师，”他写道，“是可以在任何由他人开垦的土地上生长的植物，一旦生根发芽，却会将其周围的所有蔬菜消灭得干干净净……这个职业

---

* 威尔斯〔1866－1946〕，英国作家，主要作品有科学幻想小说《时间机器》和《星际战争》、社会问题小说《基普斯》、《托诺－邦盖》及历史著作《世界史纲》等。——译注

** 米斯奈斯〔70？－8BC〕，罗马贵族、巨富、罗马皇帝奥古斯塔斯的密友和顾问、著名的文学赞助人。——译注

411 最无知、最愚笨的成员，哪怕占据我们国家最晦暗的角落，也会激发人们的争强好讼，比起拼死累活才能发家致富的农夫来讲，他们不劳而获，却积聚了更多的财富……我们的祖先曾不遗余力地消灭了如此多的致命陋习，从新政府中杜绝了如此多的失误与流弊，无论是宗教的还是世俗的，然而，多么令人遗憾啊，他们却未将如此危险的一类人拒之门外。"一个世纪之前，乔治亚州曾采纳类似建议，试图消除这害群之马。她通过了一个单行条例，禁止朗姆酒与律师。后来，她稍稍宽容了那恶名较小的罪行，对律师，却依然冷酷无情。纽约面临的则是另一类麻烦。这儿的律师不可思议的少。1695 年，纽约只有四十一个律师，有钱的诉讼当事人习惯于聘请当地所有的律师，一个也不给他的对手留下。为此，同一年，该省议会通过了一个法案，用以控制当事人聘请律师的人数，就像那些控制人们其他奢华享受的法案一样。数目被定为两个。"如果他们聘请的律师超过数量，"法案上说，"则审理该案的法官有权命令受聘的超过上述两名定额的律师为另一方辩护，且不返还已收取的费用，本法案或其他任一法案中，与之相反的任何规定，无论其内容如何，都受此约束。"多么富有诗意的正义啊！兴冲冲的原告聘请和支付的第三个律师或第四个律师，在审判之日，口袋里揣着原告的钱，却倒戈相向，支持被告的诉求。对于今天的实践，我们那苦情委员会(Grievance Committees)又会说些什么呢？我必须指出，在我看来，如果每个客户只能聘用两个律师，那么同时规定给每个律师分配两个客户，也许会更公平一些。不过，在现实世界里，这种保证太理想了，很难实现。无论如何，没有它，律师们也熬过来了。真希望 1695 年法案的起草人能看到我们今天的状况。

412 进化论者将告诉我们,古老殖民时期(那时我们只是四十人的小团体)的遗韵是否尚存。那时候,时髦的是历数律师的缺点,对其优点却一笔带过。律师尽管存在着过失与缺陷,总体上,却向世人展示了一种同志之谊,一种健康的友谊精神。这种精神的源远流长也许要归功于律师协会(inns of court)的传统,不同于其他多少带点集体色彩的职业中弥漫的嫉妒与猜疑的情绪。莎士比亚那句被频繁引用的台词告诉我们,做事,"要像法律上竞争的对手,竭力奋争,喝酒吃饭,却要像知心朋友,和善友好。"这一画面如此常见,这一实践如此熟悉,我们已把它们所展示的精神视为理所当然。不过,问题不像表面上显示得那么简单。阿斯奎斯(Asquith)* 在《记忆与沉思》(Memories and Reflections)中提醒我们,对政治家与其竞争对手之间保持友好的私人关系是否合适,下议院领导人的意见是相互冲突的。性格强式如约翰·布莱特,顽固地宣称反对这一惯例。他认为,一顿晚宴的诱惑可能具有动摇信念的魅力,胃液可能促成妥协。即使承认存在这种可能,但至少在现在,人们很少对自己的固执己见具有足够的信心,愿意将毫不动摇放在美德第一位,将妥协放在第二位。不过无论如何,正如在我们的国家一样,英国律师界从属于一个截然不同的传统。或许这是因为,作为互相冲突的诉讼当事人的斗士,我们的角色已根据泾渭分明的准则预先确定。这儿很少存在模糊的阴影和含混不清的边界之地,在那样的地方,政治家的观点可以从一致不宜察觉地过渡到分歧。不管怎样,对我们来讲,这种同志之谊的传统非常美好、非常宝贵,对其丰富价值的强烈认同感滋养着它,激励着它。我想

* 阿斯奎斯(1852－1928),英国自由党内阁首相,自由党领袖。——译注

不出来还有比法律之家更适合培育这种精神的地方:将它的种子
413 蕴蓄成熟,享受成果,在这里,各种各样的律师,年长的与年少的,伟大的与不起眼的,如同辈,如合作者,聚集在他们尊崇的、最伟大的司法民主精神之下。

今天,我们称颂着、庆祝着四壁的和谐之美。从现在至永远,在四壁之间,当我们所有人的声音都已消失,我们的无数兄弟仍将永无止境地追求--个更伟大的和谐,人们称之为公正,令生活的规则适应这一和谐,人们称之为神圣。

这项工作值得树立丰碑,辛苦耕耘之人应当拥有一个家。

法律竞赛及其奖赏

414

1925年6月10日，在奥尔巴尼法学院第七十四届毕业典礼上的演讲

波洛克在新著《法律随笔》(Essays in the Law)中告诉我们，中世纪时，学生经常向一个保护神祈祷，保佑他们通过考试。他说，记载没有显示，这个保护神的魔力是使人更聪明还是软化了主考官的心肠。无论她以何种方式施展魔力，只要信徒们从未产生疑虑，就足矣。

我还记得那种如释重负般解脱的感觉，带着这种感觉，我通过了大学和法学院生涯的最后一次考试。那时，我对自己说，这一章终于结束了。将来我可能还会犯错，却不会在那些主考官的眼皮底下犯错，他们的职责就是专门指出我的错误，比较我的优点，给一个确切的分数。自此之后，我的错误被曝光只会因为偶然的机会。我的身后再不会跟着一帮职业侦探。

我想，今晚你们也会因诸如此类的美梦得意洋洋、兴奋不已。打破它们，我会感到苦恼，不过，梦毕竟是梦。只要你们活着，或者确切点说，只要你们从事法律职业，身后就永远都有一个亦步亦趋的考官。你加入某个律师事务所，成为某些老律师的学徒，总有人会检查你的任务，批评你的工作，指出其中的缺陷，偶尔，也会肯定你的优点，令你欢呼雀跃，教育、检查、考验——循环往复、没完没了。稍晚一些，你终于独当一面，还有法官、陪审团和上诉法院，监 415 督你、测试你、赞许或否定你，一如你曾经认为已将其远远抛在身后的青春期。有时，这些批评或是慈悲或是沉默，然而，你还要面对更苛刻的测试、更严格的审查，这种残忍的测试与审查将来自怨气冲冲的败诉当事人。岁月流逝，你们中的一些人不再作律师，成为了一个法官。你也许会想，这下可好了，不！事情没那么简单。这儿仍充斥着考官，甚至保护神的符咒也安抚不了他们。如果你刚好是一个初审法官，还有上诉法院的法官们。如果你跻身于上

诉法院之列，你的同僚们，时刻警醒、敏锐地埋伏在那儿，也许还有更高一级的其他法院。如果以健全的理智渡过了这一切艰难，还有其他更严格的审查。律师界、相关的协会与委员会，更糟的是还有法学院和各种法律评论，都在门口拭目以待。如果你盔甲上有一条裂缝，观点里有一丝瑕疵，用不了多久，探查器与解剖刀将揭露出一个敞开的伤口。考官总是近在咫尺。

因此，先生们，事实上这根本不是结束，而只是一个开始。几星期前，我读了亚伯拉罕·弗勒克斯纳(Abraham Flexner)的《中世纪教育》(Medical Education)一书，里面也涉及到法律教育。“事实上，”他说，“工程学院产生不了工程师或建筑师；法学院也不生产律师。学校教育的部分在很大程度上限于培训方法与技术，激发灵感。”方法固然要紧，技术固然要紧，灵感却更为重要。如果你们走出校园、踏入社会，就认为磨难已结束，或者认为只要在不久的将来越过由州法律考试委员会(State Board of Law Examiners)设置的那个障碍时，磨难就结束了，如果抱着这样的想法踏入社会，在此过程开始之前，你们就会产生强烈的幻灭感。但是，如果你谨记这样的箴言：这只是一个开始，困难刚刚起了个头，如果你遵照这一信念行事，通过某种微妙的魔力，预期的痛苦会化成喜悦。困难中会有胜利的曙光，辛劳与困惑会产生意想不到的安宁；你们将认识到一个伟大真理：追求远比追求的东西重要，奋斗远比奋斗的奖赏美好，或者确切点，奋斗就是奖赏——竞赛如果不够激烈，胜利将显得廉价而空洞。 416

我将它称为一种“竞赛”，事实上，它确是如此，尽管这取决于你对竞赛的概念：这一隐喻是一种提升还是贬低。它是一种竞赛，不过，它是一种有关技能的竞赛，因此，需要你们精心准备，才能获

得关于竞赛的规则、方法和技术的有效知识。将今天法学院学生所受的训练与很久以前我获准进入律师界前所受的训练相比，我不禁产生艳羡之意，恨不得立马辞职不干、加入你们的行列，那一刻，我几乎忘了去担心我很可能通不过你们考官的考试。我在法学院学习的时候，课程包括合同法、不动产法、侵权法、衡平法、证据法和法律实务。几乎就这些了，并且，我们所学几乎没有超出某些老式的课本，很少引证案例，更别说老师与学生一起来讨论它们了。以公司法为例，我们没学到任何有关它的知识。也许，当时的观念认为，任何公司都不会傻到一开始就聘请我们作律师，等到它们聘用我们时，我们可以通过自学来获取知识。不管理由是什么，我只想向你们坦述事实。如果有人要我们讲一下债券与股票的差异，虽然我们在法学院中都学过，但恐怕大多数人的反应都会像我所熟悉的一位妇人：她被问到了一个类似的问题，她困惑地望着提问者好一会儿，然后，胜利地欢呼道："我知道，它们是一回事儿。"这就是在将自己粗陋贫乏的职业准备与你们丰富多样的学习过程（当然这是你们的特权）相比时，我怀着一种艳羡心情的原因。

然而，你们获取的不仅仅是有关原则、规则和先例的纯粹知识。借助现代法学院的所有便利条件，带着十足的勤奋与百分的热情，你想努力成为这方面的行家，然而，知识的数量如此之众、种类如此之多，你最终会发现，自己触及的不过是皮毛而已。你所掌握的是更重要的东西，即以法律方式思考的能力，一种对司法过程赖以运行的方式和技术的理解。实际上，这是一个令人神魂颠倒的过程，它的各个方面都显得变幻莫测、捉摸不定和难以估量，而且，它对心地高洁又雄心勃勃的年轻人，对他们的心灵、思想和精神具有无穷的吸引力。新的一代人带来了新的问题，需要新的规

417

则，实际上，这些新规则模仿原有规则而建构，却是为了实现新时代的公正、满足新时代的需要。当我们放下肩上重负的时候——我们已经竭尽全力做出了微薄的贡献，重构这些规则就变成了你们的任务。只有集史学家与预言家于一身之人，只有集这两种优秀品质于一身的完美之人，才能圆满完成此项工作。界定权利与义务时运用的术语应与现代生活的复杂性相契合，然而，我们界定它们时使用的语言，始终是很久以前法官们在撰写国王或君主令状时就开始使用的，我们使他们的思想不朽。"最后一个凯撒皇帝也亡故了，"这是罗斯科·庞德的话，"凯撒一世时期法学家的思想却仍是大半个世界的法律。"这是一种竞赛、一个难题和一道谜语，令人好奇万分又困惑不已。这是一个任务、一种召唤和一项使命，鼓舞人心、激人奋发并催人上进。奉献你的所有，不管多寡。你将要投身的这一过程，要比它最伟大的功臣更伟大。

真的，当你今年告别法学院、进入律师界的时候，上天恩赐给你一个神奇、令人鼓舞的机会。司法的过程永远没有止境，它不断再生，一代接一代，不停地变换着形式，今天，一如昨日，它召唤着最勇敢、最优秀的人。不久以后，我们老一代将离开这个舞台，你们将前去补上空缺。我多想晚生一代或者从头再来，只为了扫视一眼法律现状，再悄然隐退、解甲归田。我肯定会发现天翻地覆的变化。我撰写的许多判决，或许已被推翻，或许被仁慈地加以区别(distinguished)。我的后继者的首要努力将是(极有可能)发现某种尊敬的或值得尊敬的方式来避开或忘却它们。我会为因此有点伤心，却毫不怀疑这种作法的正确性。通盘考虑之后，我必然发现，运动在朝着正确的方向前进，离目的地越来越近。到时，我必定非常想知道是谁在从事此项工作，是谁推进了规则，又是谁使伟大传

418

统保持鲜活。我会看到这些杰出人物的名单，从上面发现一些名字，它们的主人今晚正倾听我的演讲。如果事实并非如此，那可是你们的过错了。

让我回到有关竞赛的隐喻，这是一个讲究技能的竞赛，不过，就像任何一种值得参与的竞赛一样，它还需要一些更重要的东西，即所谓的运动员精神，品性的代名词。这是一件至关重要的事情，比技能重要得多，因为缺乏品性的技能是瘫痪的和不正当的。像运动员一样参与这个竞赛，或者从一开始就放弃、选择另一行当，一个目的没有那么高尚的行当，一个成员不需要发誓忠于正义的行当，这样人们至少不会指责你缺乏真诚。我的要求不是缘木求鱼。我知道，对你们大多数人而言，法律既是一项事业，也是一种谋生手段。我知道，尘世的成功自有其内在的快乐，它是尘世间绝大多数人所有成功的标记。我不会要求你们做一个伪善的人，假装对成功漠然视之，或者即便可以在保持尊严和荣誉的情况下，也假装不想得到它和竭尽全力得到它。但是，你们必定不会在踢足球、打网球或玩牌时作弊，虽然这样你们能确保赢得比赛的胜利，被发现的可能性也极小，甚至完全不可能。你们知道这是在拿自己的名誉做抵押，与成功相比，比赛的热情更为珍贵。你们正要参与这场会持续一生的竞赛也是如此。你们深谙它的理想，并发誓这也是你们的理想。你们会如愿以偿，如你们继承的伟大传统一样，值得骄傲与自豪。

你们中的一些人也许读过圣安德鲁斯大学(St. Andrews)校长巴里(Barrie)先生在不久前作的一次激动人心的演讲。题目是"勇气"：他盛赞和呼唤的勇气，是运动员的勇气，年轻运动员的勇气，以及爱冒险的年轻人所具有的勇气。现在乃至今后的日子里，你

们都需要它。我们的性格将会在不知不觉中、通过缓慢而悄无声息的方式，一次次地得到锤炼。我们几乎无法察觉它们的存在， 419 听，钟声在响，抉择其实早已作出，无论是好是坏，毕竟都是一项抉择。生命中成就英雄的那一刻，不会以喧天锣鼓宣布自己的到来，它激励我们斗志昂扬、始终保持一种热血沸腾的精神状态，真实地面对自己。一些毫不起眼、平淡无奇的抉择会狡猾地出现在我们面前，圆滑、巧妙地套上一件最朴实的外衣。让人轻轻易易钻入它的圈套！错误似乎情有可原。我们安慰自己：只有神经过敏之人才会把它当成错误。这是需要你记起你正在参与的竞赛之时。也是召唤你拿出年轻人冒险勇气之时。总有那么一些勇往直前的人，永不失去这种精神，尽管岁月会说他们已经丧失青春，变成中年或者老年人了！"燃烧吧！信念，"格莱斯顿(Gladstone)* 说，"生命是一项伟大高尚的事业，不是一桩卑微和卑躬屈膝、得过且过的事情，而是庄严而崇高的天命。"

也许你们会想，我提了太多要求。我没有要求任何你们没有能力提供的东西。并且，我向你们提出的，没有一个要求不是意味着成功和荣誉的——只要你们有心或有力量去实现。我把两个人的话作为我的教科书，在失意彷徨的时候，它们给我以慰藉与鼓励。这两个人，一个是威廉·詹姆士，另一个是爱默生。一个激发你的思想，另一个则愉悦你的灵魂。一个教育你，智力上的努力不会白费，永远也不会。另一个则引导你，精神上的奋斗，美好、高尚的品性之力，注定要胜利。

---

* 格莱斯顿(1809 – 1898)，英国政治家，于 1868 – 1894 年间四度任英国首相。——译注

掌握技能不能靠运气。成长不是因环境的变动。技能源自训练，坚持不懈的训练将变成一种习惯。反作用力永远依作用而定。我们作为努力所付出的，会返还到我们身上变成品性。这一炼金术永远不会失败。詹姆士说，“不要让年轻人对其教育的结束感到焦虑，无论终点线在哪里。只要他每时每刻都一丝不苟地忙于工作，就能最终获得结果。他能笃定地期望，在某个美好的清晨醒来，发现自己已跻身同时代人的精英之列，而不论他选择的是何种事业。不知不觉，从日常工作的所有细节中，他积累起一种判断各种问题的能力，这是一笔永远不会消失的财富。年轻人应当尽早了解这个真理。对那些从事艰辛职业的年轻人而言，认识不到这一点而可能产生的气馁和怯懦，要多过所有其他原因之和。”

420

我想，你去哪儿也无法找到一个比这更激动人心或恢复精神的信条。我们的命运掌握在自己手里。我们不断塑造自己、完善自己。我们是“自己灵魂的主人”。大自然与我们的企求息息相通，会让我们实现心中的愿望。愿望就是现实。心想事成。

在塑造我们的生活方面，思想与精神的成效斐然。塑造他人生活的那种思想或精神力量则更令人惊奇。对此，我完全支持爱默生。自然又是执拗的，她执拗地施惠于那些向她效劳的人，正如她执拗地漠视那些疏远她的人一样。一位睿智的批评家说过，爱默生对这一信念的最后结语可与文学中的任何文字媲美。

“如果你热爱人类、服务人类，”他写道，“你不可能隐匿或使用任何谋略来躲避酬劳。当神圣的正义受到干扰，神秘的因果报应总会重建正义的标准。天平不会失去平衡。世界上所有的暴君、独裁者和专制者都想徒劳地冲出那道栅栏。正义的巨轮永远按照自己的轨迹运行，人类与尘埃，星辰与太阳，都须受制于它，否则，

就会被它的反弹之力碾为灰烬。"

这是一个充满活力的学说，属于不屈不饶的心灵与安静平和的灵魂。它不仅有效，而且充满了力量。也许会有失望和被冷落的时刻。但当过程开始运转，我们应当看到它们的真正前景。我们终将明白，此竞赛值得去努力。

"生活中绝大多数困难，"一位法国哲学家说，"是可以避免的——如果人们仅仅满足于静坐客厅的话。"呀！人类不会逃避，即便那些拥有客厅的人也不会，这能给他们带来荣光，尽管也可能导致他们毁灭。这儿有种永不停歇的动力；带着激励与挑逗的诱惑力，光芒四射、也许变动不居的目标，就如今日的灯塔，用旋转却循环不停的明灯，向徘徊无依的旅人指明方向。 421

你所致力奉献的，不是一种清闲安逸、修道院式的生活。这是一种触及你们同胞生命每一个角落的生活，你必须在人群中生活，却要超然其上，轮流出入尘世与哲学家的世界。

你应当研究历史的智慧，在争论纷纷的荒野上，它开拓出前进的道路。

你应当研究人类的生活，这是你必须安排的生活，为了智慧地安排，你必须对它了如指掌。

你应当研究正义的规则，它们是应当通过你的努力才能获胜的真理。

这是一个高尚无比的壮举，付出的努力越艰辛，可能的成就越辉煌，我召唤着你们，并热烈欢迎你们的到来。

422

法律界的手足之情*

在纽约大学法学院校友会午宴上的演讲，1927年12月20日发表在《纽约大学法律评论》第5卷，第1页及以下

* 本文是卡多佐在1937年11月20日纽约大学法学院毕业生协会举行的午餐会上的演讲。

主席阁下、纽约大学的同仁们与朋友们：

面对今天如此热情的欢迎，我真觉汗颜。作为一个朋友，我来到这里，来印证我们的友谊。贵校授予我一个名誉学位。贵协会又亲切、友好地表示：亲子与养子之间没有差别，因为这手足情深，我成为你们的副会长之一。我加入了这个大家族，我想亲密、随便地同你们谈些什么，就像亲人与朋友一样。

首先，我想对你们当中的年轻人说上几句，这些律师界新出茅庐的新手，前景无量，然后，我要说的话，希望这些新手能够和年纪稍长者一起分享，因为我仔细地瞧了一圈，并没发现一个真正年长的人。

我非常关注这个行当里羽翼初丰的年轻人。在我做律师的时候，经常指导许多更年轻的人，尽管现在回头去看一看，自己当时也非常年轻，因而，我与我的兄弟们、与那些最坦率、最热情、最友好的兄弟们接触的机会，广泛程度远远超过许多律师，尽管他们在其他方面的经历比我多。那时，令我印象颇深的是，能干的年轻人刚入道一两年就能高质量地完成工作。在我做法官之后，这一印象得到进一步加深与巩固。我想，这一品质应归功于现代的法学院，它向今天年轻人提供的培训，无论在广度上还是深度上，都是我们那时的法学院根本无法想象的。岁月带来了这些变化。在曼斯菲尔德爵士时代，法庭里有一个专门为学生设立的小包间，在此，学生们通过收集审判过程中从其前辈那儿掉落下来的零碎知识进行学习。法庭笔录员记录了这样一件事：在某个案件中，曼斯菲尔德在法院宣布一个既定判决(reserved judgment)之前，请其中一个律师为包厢里的学生陈述案情。毫无疑问，这个尊贵的大法

423

官相信，这是一种慷慨大度、屈尊俯就的行为，他顺从的听众们，通过这一案情陈述来了解纷争，会以对待圣典的态度，用谦恭、充满敬意的静默来接受法院深思熟虑的判决。那是法律评论产生之前的美好时光，只有从法学院精挑细选出来的人才能进入最上层的上诉法院。但是，现代的曼斯菲尔德们（如果还有这样的法官的话）会明白，他们从学生那儿获得的几乎与他们给学生的一样多，至少如果律师的优秀可以根据其精力来衡量的话。我似乎在说俏皮话，可是我比你们想象得要诚恳。我有时想，如果自己能在今天的法学院里接受训练，就会少犯一些我经常要犯的错误。我进入哥伦比亚大学法学院时，它正处于一个过渡时期，从古老的教科书教学法——它本身就是对曼斯菲尔德时代教学法的一个长足飞跃——转向现在盛行的案例教学法。当刚从哈佛大学毕业的卡纳尔(Keener)教授突然光临一个茫然无措的班级时，我在德怀特(Dwight)、蔡斯(Chase)及他们同事的手下已呆了一年有余。课程几近停滞，他几乎把所有的时间都花在尽力令我们相信：我们过去一无所学，现在也是如此，除非改头换面，否则将来也不会有所进步，他运用了无数例证来说明这一事实，并对此非常满意，使得整个班级的反应从暴跳如雷转为将信将疑、又从将信将疑转为伤心失望。你们这些近年才从法学院巢臼的庇护下走出的新手，赶上了好时光。你们详细研究和探索的整个法律领域，我在通过实践试着了解它们之前，从未有机会一睹真容。我们没有公司法的课——没有宪法，除非上兄弟院校的选修课——没有国际法，无论是公法还是私法——也没有刑法，除了选修性的讲座；现在分别开设的许多其他课程，诸如寄托(bailment)、承运(carriers)和破产等，在当时仅仅被附带地提及，只在帕森斯(Parsons)的《合同法》中有概

424

括性的一段或一节。你可能会奇怪,我们是怎样将就着熬出头的。有人说,培根爵士起初是决定放弃这一职业的。贝肯黑德(Birkenhead)大法官对这一选择的评价是:"一个博学多才、视野开阔的人,可能不愿自贬身价、听从法官席上智力低下之人的意见。"恐怕我已过于真情流露,也许至少令你们对一个高级司法官员充满了鄙夷。

几个月前,我碰巧看到了申请律师资格的统计表。在此之前,我曾认为随着纯粹辩论术重要性的衰减,从事这一职业的人也会越来越少。蜂拥而来的律师申请说明我的担心不过是捕风捉影。然而,变化已经产生,甚至从我这个时代就开始了,与在我之前从业的人相比,变化就更大了。越来越多的律师工作在办公室内完成。诉讼专家相对少了许多。我的许多律师朋友从来不进法院,更多的只是隔三岔五去一下,还总是长吁短叹。布莱斯(Bryce)爵士在《美利坚共和国》(American Commonwealth)一书中发现,这个国家最杰出的人才都为法律界所吸引。我可以肯定,是法庭而不是律师办公室在吸引着野心勃勃的年轻人。如果法律被转化成一门需要精确性的预防性科学(我相信医学已在某种程度上朝那个方向转化),以致诉讼将成为如瘟疫一般的大灾难,那么,正义之战将失去它诱人的魅力。我确信,即使现在,那些雄心勃勃、正想敲开法律之门的年轻人,他们的梦想仍然是在法庭上功成名就。他们告诉自己,新的里程碑将竖立于古老的道路旁,新的道路将标识在生长与发展路线尚不明确,尚难预测的地方;当正义的敌人:黑暗与欺诈之力以失败威胁它时,他们会奋力使它占据上风。更妙的是,他们会让法院承认自己或其前辈的错误,不仅宣告自己的错误,还要纠正先辈的错误。我并不提倡,当法院有正当的理由选择

425

一份更容易消化的食物时,仍要通过这样的饮食或者分享它来得以兴旺。当法官被迫使出最后一招:伸手拿起盛满苦药的杯子,如对症下药一般,一饮而尽,正是这由此而来的战栗最吸引那些不安分的追寻者。这些都是年轻人的梦想,尽管并不总能在生活中实现,却依然使未来的风景五彩斑斓、熠熠生辉。如果人数能说明问题,这一风景仍然可见。

同新手讲完,我该实践诺言,将演讲的后半部分留给你们,那些年纪稍长者。

不久以前,我读了英国首相鲍德温(Stanley Baldwin)的一系列演讲稿。它们体现出的温文尔雅、质朴睿智、成熟的修养、适度的幽默,令人心情舒畅。其中一篇演讲稿,面向下议院里同他一个政党的成员。"任何时候,"他说,"都不要与你的选民失去联系;永远都不要将俱乐部会员的声音、伦敦新闻界的声音与整个国家的声音混为一谈。给你报酬的是国家,评判你的也是国家。"尽管我们不能对法官依葫芦画瓢,不过,本质上可能也没太大区别。他最好也不要困扰于俱乐部会员或者新闻界的声音。这种声音可能足够忠实,也善解人意,然而,艺术家想得到公正的评判,还得依靠他的同行,依靠那些精于此道的人。所以,如果法官想审慎地坚行其道,永远也不要与有能力评判他的支持者、与来自法律界的支持者失去联系。今天的法律界已拥有如此多的表达机构,使那些否则就可能被隐藏、可能无法交流的思想和观点得以自由表达,这真是件大快人心之事。有数量与影响都在与日俱增的法学杂志;有律师协会及其各类委员会、它们的报告以及各式各样的活动;现在,426 这些协会和法学院毕业生的宴会、午餐会和招待会,意义也日显重要,这些更欢快、更温和的友谊媒介软化和融合了批评的苛严。所

有这些媒介都向愿意倾听的法官提供着信息。法律评论使他知道自己的无知是多么深不可测。律师协会通过其委员会用冷静的评论判断他的优点和缺陷，告诉他这两者差额的正负。在这种聚会中，他将学到几乎同等重要的其他东西。通过这些密切的接触，通过那些高贵支持者的评判，他将更好地了解，自己是否已经让身上的官气吞没了人性。

过去，许多法官都染上了这一灾难性的习气。但我非常高兴地告诉大家，这一习气，即使还未完全灭绝的话，也正在迅速消失。在我看来，它不仅仅是自高自大——它体现为苛严、傲慢的态度，体现为盛气凌人的声音，或者体现为异乎寻常地通晓《民事诉讼法》(Civil Practice Act)中"藐视法庭"一章。有时候，诸如此类现象的滋生，源自法官们的性格弱点，法院并非对此毫无所知，不过幸亏并不多见；在更多时候，它们是软弱与无能的掩护工具，明知其弱点，仍希望通过展示其力量来分散注意力。然而，我想，官僚习气吞没人性还有另外一种方式，也许不那么可憎、残忍，却更微妙、更阴险。就是从军队官的视角而非真正战略家的视角，以官僚的视角而非人性的视角，看待法律本身。将其视为案件日程表的需要以及管理案卷日程表的规则。军队教官做这些事是一种方式，从人性出发来做又是另一种方式。我作法官的时候几乎没有经历这种问题，因而，或许根本没有权利来谈论它们——我有时真担心自己可能把它们搞错了——但是毕竟我在做律师时看到过其他人如此作为；我有权如此判决，不管它是否有价值。当你从实践转向更高级的问题时，你会碰上同样的对立面。法院最糟的一些判决正是来自这个对立面。他们在承认判决的残忍时，并不认为自己在损害判决的公正性。我承认，有时候这两种东西并存——我想

这主要发生在所运用的规则是成文法的时候。但这种并行不悖的现象极为罕见，人们会带着满腹疑虑来审视它，也会同样强烈地谴责它。除非普通法已受到成文法的限制与确定，它拥有多种多样的工具与方式来铸造它竭力追寻的目标：正义。真理似乎显而易见，有时法官却对它视而不见。庞德院长在一篇文章中向我们描述了偏爱“强硬”判决（strong decision）的法官。这种判决，是指法官通过坚定不移地应用严格的逻辑方法发展先例或规则而得出苛严的结果。他们认为这样做是在维护法律的尊严与权威。因此，巴克兰德（Buckland）在一篇关于弗雷德里克·梅特兰（Frederick W. Maitland）生平的美妙短文中，说起一个英国法官，人们说他面对残暴判决就狂喜不已，在斟酌权衡选择时，似乎更偏好不公正。在这些例子中，似乎还应当把那个西部法官添进去，他的严苛成为了林肯一段笑话的主题。“如果有人在街上打他鼻子，他会判其绞刑，但如果不能确定该人用哪一只手打他，他也会撤销其控告。”

我并不是说，如此可怕的例子在我执业这么多年所认识的许多法官身上都能找到，我执业时间太长，在此喜庆集会上不便详述。然而，这只野兽蛰伏在我们体内，如果我们过量地喂食它，就可能唤醒它，让其肆虐横行。这种贪婪的官僚习气将伺机吞食人性。今天，你们邀请我来此，我把这理解为你们对我的评价：无论我犯过怎样的错误——我知道它们比我乐意计算或记住得要多——至少我避开了这种习气，尚未允许官僚习气吞食了我的人性。我想自己还没资格因这区区成就而赢得太多的声誉。在一个如上诉法院这样具有根深蒂固的谦恭与公正传统的法院里，只有顽固不化的无赖才会犯官僚习气下傲慢自大之类的特定错误。不过，仔细想来，对那些培养与实践美德之人的声誉而言，美德的重要性

428

呈一种相反的次序。我们中没有一个人会得意地炫耀自己具有不杀人的自制力，然而如果美德的重要性是衡量声誉的标尺，我们所有人都将因道德优秀而骄傲得开怀大笑。所以，我不会因一个极其平常的美德——具备基本人性——而骄傲。查理·弗朗西斯·亚当斯（Charles Francis Adams）在自传中写道，当他透过岁月的薄雾再回首时，最让他聊以自慰的是：至少，他渡过了一生，却没有干一件臭名昭著的蠢事。顺便提一句，我在每一年年末，也会给自己唱这首欢乐颂歌。我在想是否还应另外加上一节，庆幸自己仍然具有人性。我说过，那是一个很一般的成就。不过，或许它并非微不足道。我想，我们越来越明白我今天一直强调的一个真理：无论官僚作风表现为何种形式，都只是一具空壳，内在的人性最为珍贵。

因此，我要感谢你们把我视为伙伴，赋予我通过这种亲密、欢快的方式同你们会晤的特权。它促动着我，也激励着我。你们如此友好，可能我永远无法知晓，这一经历是否对你们别有一番助益。在以后岁月举行的午餐会上，校友会的纽带会把各种品性与水平的法官和律师紧紧拴在一起：优秀的与差劲的（也许是罕见的例外），职位高的与职位低的，功成名就的与仍在静候成功的——只要他们坚韧不拔，成功必会降临。祝愿我们今日这亲如手足的精神，与他们同在，与我们热爱的这一职业同在。

214

索　　引

索引中页码为原书页码，即边码

A

B

C

D

E

F

G

H

I

J

K

L

N

O

P

Q

R

S

T

U

V

W

译后记

我仍记得初识卡多佐法官的情景。那是一个阳光淡淡的午后，宿舍古旧的窗棂上映着法国梧桐婆娑的叶影，我一下子就被他典雅、机辨的文字所吸引。那是“宇宙的茫茫黑暗里一道慰藉心灵的光芒”(《价值》)，它自公元一九九八年的秋天开始，一直闪耀在我的日子里。

翻译似乎是很自然的事情，苏力老师捷足先登，很快就译出了卡多佐影响最大的《司法过程的性质》(商务印书馆 1998 年版)，我们的翻译却持续了六个年头。在这段时间里，我从一个偏好理论研究的学生变成了政府的法律工作者，不再是中国法律变迁的旁观者和评论者，而是亲历着“法律的成长”。

六年过去了，对中国法学界而言，卡多佐已不算一个陌生名字，以至于再费笔墨介绍他的生平和成就，多少显得有些多余。国内 2001 年就出版了哈佛法学院著名的考夫曼教授撰写的《卡多佐》[1]，这本传记以翔实的历史资料和专业的严谨笔法，记述了他的法律职业生涯，概括了他瞩目的法学成就和稍嫌枯燥的人生。除其起草的司法判决外，卡多佐的大多数作品也都有了中文译本，关于其思想的论述和相关的书评也不在少数。[2] 相比其他同样著名、甚至更富影响的美国最高法院大法官，比如霍姆斯(Holmes)、马歇尔(Marshall)、布兰代斯(Brandeis)以及弗兰克福特(Frankfurter)等，卡多佐吸引了中国法学界更多关注的目光。

---

① 考夫曼:《卡多佐》，张守东译，法律出版社 2001 年。

② 参见苏力:“《司法过程的性质》译者前言”，刘作翔:《遵循先例:原则、规则和例外——卡多佐的司法哲学观》，方宁:“法官创造法律——解读卡多佐名著《司法过程的性质》”，载《法律书评》第一辑，法律出版社 2003 年；汤鹏:“平民 律师 法官——《卡多佐》读后”，载《法律书评》第一辑，法律出版社 2003 年；许章润:“称誉的法律宣谕者——《司法过程的性质》与卡多佐的司法艺术”，《环球法律评论》，2004 年夏季号。

卡多佐受到特别的关注，有很偶然的因素。苏力老师曾经计划出版的是一整套的美国大法官文集，《卡多佐选集》[1] 仅是其中一本，许多声名显赫的大法官均在其列，遗憾的是最终只有《卡多佐选集》付诸实现。这段故事，强世功在《宪法的精神》一书前言[2]里已有交待。卡多佐受到特别的关注，更有必然的因素，苏力老师的译书与推崇当然功不可没，他有极强的号召力，不过，《卡多佐选集》本身与中国法学之间的亲和作用才是最重要的，尽管在美国本土，卡多佐的声望已经比不上他在世以及逝去不久的那段时间。[3]

《卡多佐选集》非宏篇巨著，而是短小凝练的演讲文集，相比其他必须深谙普通法知识以及美国司法体系才能阅读的专业法律书，它更多涉及法哲学问题，探讨的理论更具有普遍性。《卡多佐选集》主要分析了由法官缔造的司法过程，还涉及了与司法过程相关的一系列问题，包括支配司法过程的法学理论以及对司法过程所有参与者：法律工作人员职业精神的宣扬等。卡多佐关注的，非司法过程的细枝末节，而是司法过程的本质，法官的作用、法官的断案哲学以及相邻学科对司法的影响，涵盖了历史、哲学、社会学、医学甚至文学等学科与司法的关系。

卡多佐以纽约上诉法院法官和霍姆斯继任者闻名，其任职期

---

① Cardozo, Selected writings of Benjamin Nathar, Cardozo, Law Book Company 1941.《卡多佐选集》包括的内容有："司法过程的性质"、"法律的成长"、"法律科学的悖论"、"法律与文学"以及他在各种场合的精彩演讲。本书包括"法律与文学"及其他一些演讲录。

② 北京大学法学院司法研究中心编：《宪法的精神》，强世功："前言"，中国方正出版社 2003 年。

③ Richard A. Posner, Cardozo: A Study in Reputation, The University of Chicago Press, 1990. p. viii.

间正值罗斯福新政前后，经济、社会以及政府的功能等各方面都发生巨变。作为社会最终裁判者的法院，往往处于激化的社会矛盾漩涡中心，如何处理传统与变革，如何调和权利、平衡利益，成为法官必须面对的问题。然而，英美法系司法的传统却是趋于保守的，拥有自成逻辑体系的一套理论和职业准则，其核心——遵循先例原则，从法律执业者的学生时代起，就灌输到了他们的血液里，更加根深蒂固地盘踞在法官的思想里。

于是，有创见的法官都会在这传统与变革之间，思考司法的使命及其与政治、经济及社会现实相关性问题。法官卡多佐的结论是，这是两个并行不悖的命题，关键只在于相关性的比例与浓度，需要发现和创造规则的法官通过司法过程来调配和决断。法官卡多佐没有悖离司法的传统，也没有游离于社会变革之外，毕其一生从事这两个问题的思考与研究，并在不同场合、不同时间，向同行或者非同行给出了自己的回答，那即便不是一种胸有成竹的宣誓，至少也算得上运筹帷幄的演绎。他是超然和理性的，却不缺少世俗的悲天悯人，因此，成为经典。

卡多佐受到中国的欢迎，在于其对司法过程的揭示，应和了中国理论界对法官独立地位和作为社会最终裁判者的想象，卡多佐对司法过程中其他非法律因素的关注，又暗合中国理论界一直以来对法的定位：法，不是孤立的，而是与社会、经济和政治的潮流紧密呼应的。在这种定位之下，法，不仅是法学家研究的对象，也接受着来自政治学、社会学以及经济学等各种目光的审视，它被功利地寄于无限希望，有时候，甚至被作为根治百病的万灵药。

在中国的语境下阅读卡多佐的思想，那些近百年前法治环境下的作品，一个法律执业者对司法(法律)本质的思考，让人在倾慕

感悟之余，多少怀着几许难以描述的艳羡。至少我是如此，尤其在步入社会、成为法律运行过程中的一颗螺丝钉之后。中国法学的理论界与实务界有多么陌生的隔阂！法律，尽管在法学者那里，受到前所未有的推崇，却被中国的建构者与执行者更多地理解为一种工具，具有保守特性的法律，在狂飚突进的社会变革面前，不是被作为现有秩序的体现，而被更多地赋予建构秩序的使命。一轮轮功利性立法的浪潮之下，法律，带着夺目的光环，却以失去严谨与逻辑为代价。守法者小心翼翼地穿行于立法丛林，仍会碰上人为设置的暗礁；胆大妄为的偷渡者有时却能得到执法者的庇护与宽容，还博得改革家的美名。

只有进入真正的实践层面，才会发现，法学家的研究与实务界的日常工作，那几乎是两套语言的距离，其间隔着误读、曲解和错译的海洋。法学家们固守着异域的法学理论，碰上难以逾越的中国栅栏，总想从西方的宝库里寻找济世良方。实务界一边嘲弄法学家的高高在上以及对现实的一知半解，一边无知无畏、百折不挠地开拓中国法律的前进之路。

失落与焦虑，也许出于一种急于求成的心理，毕竟情况正在逐步改善，尽管非常缓慢。也许这种急切的心理来自于我近乎理想化的十年学术训练。于是，更羡慕卡多佐这个法律共同体的代言人，怀着对法律职业的虔诚和忠义，发出异议之声，并得到学界与实务界的理解与回应，那是一个流行同种语言的精神共同体。

不禁希冀终有一天，中国法学家们与所有实务界的同行跨越误解的鸿沟，建立起精神的共同体。我微薄的译事与研究，是这愿望的一部分。

憧憬是愉悦的，阅读也是愉悦的。我们折服于卡多佐文笔的

典雅,感动于这位伟大同行的思想之美。翻译却是痛苦的,在传递文字的时时刻刻里,我们常有如履薄冰之感。时代的距离,是原因之一,卡多佐是美国最后一批绅士的一员,他的文字典雅,却委婉隐晦;普通法知识的缺乏,是原因之二,幸喜卡多佐的演讲稿并非成篇累牍都是判例和司法传统。

终于成书,却有些不舍。我这就怀念起译文和校对的时光,为之喜,为之忧,却能忘掉岁月的流逝和身份的转换。

董炯

2004年12月12日於西二旗智学苑